

AUFLÖSUNG EINGETRAGENER
ERWERBS- UND WIRTSCHAFTS-
GENOSSENSCHAFTEN
BEI VERFOLGUNG ANDERER ALS
GESCHÄFTLICHER ZWECKE

Inaugural-Dissertation

*zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster*

VORGELEGT VON
MICHAEL FISCHER

AUS BRESLAU

1962

~~1963~~



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555413_0044

MICHAEL FISCHER

AUFLÖSUNG EINGETRAGENER ERWERBS- UND
WIRTSCHAFTSGENOSSENSCHAFTEN BEI VERFOLGUNG
ANDERER ALS GESCHÄFTLICHER ZWECKE



AUFLÖSUNG EINGETRAGENER
ERWERBS- UND WIRTSCHAFTS-
GENOSSENSCHAFTEN
BEI VERFOLGUNG ANDERER ALS
GESCHÄFTLICHER ZWECKE

Inaugural-Dissertation

*zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster*

VORGELEGT VON
MICHAEL FISCHER

AUS BRESLAU

1963



AUSFÜHRUNG EINIGER
ERWERBS- UND WIRTSCHAFTS-
GENÖSSENSCHAFTEN
BEI VERFOLGUNG ANDERER ALS
GESCHÄFTLICHER ZWECKE

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Brox
3. Dekan: Prof. Dr. Schelsky
4. Tag der mündlichen Prüfung: 23. November 1962



INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung

1. Abgrenzung der beiden Alternativen des § 81	7
2. Einführung in die Problemstellung der 2. Alternative	8

Erster Hauptteil

Auflösung wegen Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Belange? — Entstehungsgeschichte der Vorschrift	11
1. Bis zum ersten Genossenschaftsgesetz	11
2. Bis zum Reichsgenossenschaftsgesetz	14
3. Vom Reichsgenossenschaftsgesetz an	16

Zweiter Hauptteil

Auflösung wegen Verstoßes gegen privatrechtliche Belange?	20
Erster Abschnitt: Die Eintragungsvoraussetzungen (§ 1)	20
A. Förderung der Mitgliederwirtschaften	24
Unmittelbarkeit der Förderung	26
B. Gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb	27
I. Mitteilung vertretener Definitionen	27
1. Geschäftsbetrieb	27
2. Gemeinschaftlichkeit	28
a) Gemeinsame Unternehmerstellung?	28
b) Gemeinsame Kundenstellung?	31
c) Identität Kunde — Unternehmer?	34
d) Überflüssiges Definitionsmerkmal?	34
e) Beschreibung einer Betriebs-, nicht einer Mitgliederfunktion?	36
II. Eigene Definition	37
1. Geschäftsbetrieb	38
2. Gemeinschaftlichkeit	41
Zweiter Abschnitt: Der wirtschaftliche Verein des Bürgerlichen Gesetzbuchs	44
1. Mitteilung des Streitstandes	45

2. Eigene Ansicht	49
3. Vergleichsziehung zur Genossenschaft	53
Dritter Abschnitt: Auflösung bei Wegfall von Eintragungsvoraussetzungen?	54
A. Auflösung bei Wegfall des Geschäftsbetriebs?	56
I. Geschäftsbetrieb ist noch nutzbar	57
1. Einschlafen des Betriebs	57
2. Wegfall der förderbaren Genossen	58
II. Geschäftsbetrieb ist überflüssig	59
1. Umstellung auf nicht wirtschaftlichen Zweck	59
a) Idealer Zweck ist Nebenzweck	60
b) Idealer Zweck ist Hauptzweck	60
aa) Theorie der gesetzlichen Typenbeschränkung	61
bb) Abweichung zwischen § 1 und § 81?	66
2. Umstellung auf anderen wirtschaftlichen, aber ohne Geschäftsbetrieb erreichbaren Zweck?	67
B. Auflösung trotz vorhandenen Geschäftsbetriebs?	69
I. Geschäftsbetrieb ist noch gemeinschaftlich	69
1. Gemeinschaftlicher Betrieb dient noch der Mitgliederförderung	69
a) Neuer Betrieb für alten Betriebszweck (Ausweitung der Geschäftstätigkeit)	70
b) Neuer Betrieb für neuen Betriebszweck (Mehrzweckgenossenschaft)	70
c) Ausübung des Geschäftsbetriebs durch Dritte	72
aa) Teilweise Funktionsübertragung	73
bb) Volle Funktionsübertragung (Verpachtung)	73
2. Der Geschäftsbetrieb dient nicht mehr der Mitgliederförderung	80
II. Der Geschäftsbetrieb ist nicht gemeinschaftlich	85
1. Die Dividendengenossenschaft	85
2. Die Beteiligungsgenossenschaft	88
3. Das Nichtmitgliedergeschäft	92
a) Einschränkung des Problems	93
b) Nichtmitgliedergeschäfte aus ideellen Gründen	94
c) Echtes Nichtmitgliedergeschäft	95
aa) Gründe gegen Auflösung	96
bb) Gründe für Auflösung	98
cc) Einziger Fall der Auflösbarkeit	104

Schluß

Entbehrlichkeit der Vorschrift	106
Anhang: Zum Entwurf eines Genossenschaftsgesetzes 1962	108
Literaturverzeichnis	113
Lebenslauf	116

EINLEITUNG

1. Abgrenzung der beiden Alternativen des § 81

Nach § 81 Abs. 1 des Genossenschaftsgesetzes¹ kann eine eingetragene Genossenschaft unter zwei Voraussetzungen aufgelöst werden, nämlich wenn sie entweder durch schuldhaft gesetzwidriges Verhalten das Gemeinwohl gefährdet oder andere als die im Genossenschaftsgesetz angeführten geschäftlichen Zwecke verfolgt².

Die Auflösung nach der zuerst genannten Alternative ist nichts dem Genossenschaftsrecht Eigentümliches. Inhaltlich gleiche Vorschriften finden sich in den Organisationsgesetzen fast aller juristischen Personen des Privatrechts³; sie sind ein Ausfluß des Gedankens, daß die Freiheit des Individuums, also auch die Freiheit der einzelnen juristischen Person, dort eine Grenze finden muß, wo sie höherwertigen Interessen der Allgemeinheit zuwiderläuft. Deshalb muß sich der Staat, dessen Machtspruch die juristische Person ihr Dasein erst verdankt, vorbehalten, der Vereinigung die Rechtsfähigkeit wieder zu entziehen, wenn durch ihr Verhalten die Belange der Allgemeinheit empfindlich verletzt werden. Dieser Gedankengang ist so alt wie die juristische Person des Privatrechts⁴ und hat in neuerer Zeit seine folgerichtige, rechtsstaatlichem Denken entsprechende Fortentwicklung etwa in § 2 des Reichsvereinsgesetzes⁵ und schließlich in Artikel 9 Abs. 2 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland gefunden. Bei dieser ersten Alternative des § 81 handelt es sich mithin eindeutig um eine dem öffentlichen Recht zuzu-

¹ Im folgenden beziehen sich Paragraphenangaben ohne nähere Bezeichnung stets auf das Genossenschaftsgesetz.

² Wörtlich lautet die Vorschrift: „Wenn eine Genossenschaft sich gesetzwidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird, oder wenn sie andere als die in diesem Gesetze (§ 1) bezeichneten geschäftlichen Zwecke verfolgt, so kann sie aufgelöst werden, ohne daß deshalb ein Anspruch auf Entschädigung stattfindet.“

³ Vgl. § 43 Abs. 1, § 87 BGB; § 288 AktG; § 62 GmbHG; § 87 VAG.

⁴ Vgl. unten Anm. 14.

⁵ vom 19. 4. 1908, RGBl. S. 151.

ordnende Bestimmung; sie soll im Rahmen dieser Arbeit nicht näher behandelt werden⁶.

Dagegen läßt sich für die zweite Alternative, Auflösung wegen Zweckentfremdung, eine Parallele in anderen Gesetzen nicht finden. Lediglich im Vereins- und Stiftungsrecht des BGB gibt es ähnliche, wenn auch wesentlich engere Vorschriften⁷. Das Fehlen jeder Vergleichsmöglichkeit mit annähernd gleichen Bestimmungen anderer Gesetze mag mit ein Grund sein, warum diese Vorschrift bisher im allgemeinen recht zurückhaltend und auch unsicher behandelt worden ist. Hinzu kommt, daß bis heute anscheinend kein Fall bekannt geworden ist, wonach eine Genossenschaft wegen Zweckentfremdung aufgelöst worden ist. Die hierdurch entstandene Lücke einzuengen, ist der Zweck dieser Arbeit.

2. Einführung in die Problematik der zweiten Alternative

Die wörtliche Auslegung der Vorschrift führt nicht weit. Der Unterschied zur ersten Alternative scheint zunächst darin zu liegen, daß dort ein objektiv bestimmbares Verhalten verboten wird, während hier — da das Gesetz es nur auf die Verfolgung gewisser Zwecke, nicht auch auf ihre Verwirklichung abstellt — schon ein rein subjektives Verhalten untersagt wird. Worin die verbotene Zielsetzung zu sehen ist, ist nicht ohne weiteres zu erkennen. Die Genossenschaft soll nur die in § 1 bezeichneten geschäftlichen Zwecke verfolgen. Der Zweck wird in § 1, auf den § 81 ausdrücklich verweist, als „die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft der Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs“ definiert. Damit scheint zunächst die Lösung nahezuliegen, daß jede Tätigkeit, die nicht eine solche Förderung zum Ziele hat, untersagt sein soll. Hier muß indes auffallen, daß § 81 nicht vom Zweck, sondern von „Zwecken“, also vom Plural spricht. Der Zweck ist, wie schon gesagt, die Förderung der Mitgliederwirtschaften⁸. Tatsächlich verwendet das Gesetz aber das Wort „Zweck“ auch in ganz anderem Sinne, nämlich in § 8 Abs. 2. Dort ist mit „Zweck“ der Geschäftszweig gemeint, also das, was bei der obigen Definition als das Mittel zum Zweck angesehen werden muß. Man mag geneigt sein, hierin einen sprachlichen Fehlgriff des Gesetzgebers zu sehen⁹; ohne genauere Nachprüfung läßt sich aber auch der um-

⁶ Namentlich wird hier auch nicht auf die öffentlich-rechtliche Frage eingegangen, ob die Vorschrift neben Art. 9 GG noch Raum hat oder nicht vielmehr durch diesen außer Kraft gesetzt worden ist (vgl. hierzu Staudinger-Coing § 43 Anm. 5a; anders der selbe Autor in § 87 Anm. 10); sicher ist jedenfalls, daß ihr eine wesentliche Bedeutung neben Art. 9 GG nicht mehr zufallen kann.

⁷ §§ 43 Abs. 2 und 3, 87 BGB.

⁸ Einhellige in der Rechtsprechung (etwa KGJ 37A168), den Kommentaren (etwa Parisius-Crüger § 1 Anm. 9) und den Lehrwerken (etwa Paulick, Lehrbuch, S. 51) vertretene Auffassung.

⁹ Parisius-Crüger § 8 Anm. 20 ersetzt das Wort „Zweck“ durchweg durch das Wort „Gegenstand“.

gekehrte Gedanke nicht von der Hand weisen, daß dem Gesetzgeber der Unterschied zwischen diesen beiden grundverschiedenen Zweckbegriffen nicht deutlich geworden ist, so daß er sie auch an anderer Stelle, eben in § 81, nicht deutlich auseinandergehalten hat. Auf diese Weise ließe sich der Gebrauch des Plurals „Zwecke“ in § 81 zwanglos erklären: Der eigentliche Zweck, die Förderung der Mitgliederwirtschaften, muß bei jeder Genossenschaft, welche Geschäfte sie auch immer betreibt, notwendig und immer der gleiche sein; wenn § 81 dagegen von Zwecken spricht, dann liegt der Schluß nahe, daß damit, ebenso wie in § 8, die einzelnen Geschäftszweige gemeint sind. Die Verweisung auf § 1 bezöge sich dann nicht auf das Wort „bezwecken“, sondern in erster Linie auf den Katalog der verschiedenen Genossenschaften. Dieser Katalog aber ist nicht vollständig und will das auch gar nicht sein¹⁰. Eine Genossenschaft kann daher jede wirtschaftliche Tätigkeit beginnen, wenn nur die übrigen Voraussetzungen des § 1 vorliegen und nicht im Einzelfall einer besonderen Tätigkeit besondere Verbote entgegenstehen¹¹. Sollten daher die Zwecke des § 81 identisch mit den Zwecken des § 8 Abs. 2 sein, dann würde § 81 nichts anderes verbieten als eine nicht wirtschaftende Tätigkeit. Damit aber würde die Vorschrift in die Nähe der ersten Alternative rücken und wäre kaum mehr als eine Ergänzung zu dieser. Sie würde nur der auflösenden Behörde ein früheres Einschreiten ermöglichen, da diese nicht erst ein bestimmtes Tätigwerden der Genossenschaft abwarten müßte, sondern schon dann eingreifen könnte, wenn die Genossenschaft ein solches Verhalten vorerst nur plant, „verfolgt“.

Es zeichnen sich somit zunächst zwei denkbare Lösungen ab:

Entweder kann die Genossenschaft verboten werden, wenn sie ein anderes Ziel als die Förderung ihrer Mitgliederwirtschaften verfolgt.

Oder aber das Gesetz verhält sich zu der Frage, ob außer der Förderung der Mitgliederwirtschaften auch andere Ziele verfolgt werden dürfen, neutral und will lediglich unterbinden, daß die Genossenschaft Tätigkeiten auf nicht wirtschaftlichem Gebiet entfaltet.

Untersucht man diese zweite These näher, dann ist zunächst denkbar, daß jede nicht wirtschaftliche Tätigkeit unterbunden werden soll. Dann wäre die Vorschrift das genaue Gegenstück zu § 43 Abs. 2 BGB.

Es besteht aber noch eine zweite Möglichkeit: Während nämlich der Sinn des § 43 BGB leicht erkennbar ist — ein nicht wirtschaftlich ausgerichtetes Unternehmen soll aus vorsorglichen Gründen den mit wirtschaftendem Handeln verbundenen Gefahren nicht ausgesetzt werden —, ist ein ähnlicher Sinn für § 81 nicht leicht zu erkennen. Ein auf wirtschaftendes Handeln abgestelltes Unternehmen wird dadurch allein, daß es sich auf nicht wirtschaftliches Gebiet begibt, weder für sich noch für seine Mitglieder noch für Dritte zu einer Gefahr. Die „Gefährlichkeit“ der vom eigentlichen Ziel

¹⁰ „namentlich“! Meyer-Meulenbergh § 1 Anm. 3.

¹¹ wie etwa § 2 HypBkG oder §§ 7, 114 VAG.

abgewandten Tätigkeit muß daher auf einer anderen Ebene vermutet werden. Vielleicht ließe sie sich damit erklären, daß eine nicht wirtschaftende Tätigkeit, jedenfalls nach den Vorstellungen der Schöpfer des Gesetzes, besonders leicht zu politisch mißliebigem Verhalten führte. Heute denken wir anders und unterwerfen die Wirtschaftsunternehmen immer schärferen und die nicht wirtschaftenden Vereinigungen immer mildernden Vorschriften; dieser Wandel der Anschauungen ist aber noch recht jung. Die Möglichkeit, eingetragene Vereine überhaupt gründen zu können, ist viel jünger als die, Aktiengesellschaften zu schaffen. Das ist nur damit zu erklären, daß der historische Gesetzgeber den Verein viel mißtrauischer betrachtete als das Handelsunternehmen. Wirtschaftliches Handeln wurde als notwendig angesehen und war erwünscht; gegen die Bildung handelsrechtlicher Assoziationen konnten somit politische Einwände nicht erhoben werden, zumal die heute diskutierten Gefahren wirtschaftlicher Machtzusammenballung noch nicht erkannt waren. Eine Vereinigung mit nicht wirtschaftlichem Zweck dagegen scheint grundsätzlich verdächtig gewesen zu sein; anscheinend wurde befürchtet, daß solche Vereinigungen grundsätzlich keine harmlosen, sondern politische Ziele zu erreichen suchen und somit politisch gefährlich sein würden¹². Heute ist es umgekehrt. Die einst heftig und lange umkämpfte Vereinsfreiheit ist inzwischen selbstverständlich und sogar zum Grundrecht geworden; die juristischen Personen des Handelsrechts dagegen werden immer weiter reichenden Bestimmungen und Begrenzungen unterworfen^{12a}.

Berücksichtigt man nun, daß das Genossenschaftsgesetz aus einer Zeit stammt, in der die Vereinsfreiheit noch lange nicht selbstverständlich war, dann liegt in der Tat der Schluß nahe, daß das verbotene nicht wirtschaftende Handeln lediglich wegen der daraus für die Allgemeinheit befürchteten Gefahren unterbunden werden sollte. In diesem Falle aber wäre die zweite Alternative nichts anderes als eine Erweiterung der ersten; die Vorschrift stünde ebenfalls ganz und gar auf öffentlich-rechtlichem Boden und würde heute, da sich die Anschauungen über die Gefährlichkeit des Idealvereins grundlegend gewandelt haben, eine wesentliche Bedeutung nicht mehr haben können.

Der Wortlaut des Gesetzes bietet für solche Überlegungen jedoch keine stärkere Stütze als den schon erwähnten Gebrauch des Plurals „Zwecke“. Das kann als strikter Beweis allein nicht anerkannt werden. In wesentlich stärkerem Maße spricht für diese Annahme jedoch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes.

¹² Vgl. von Caemmerer S. 167. Ein Relikt finden wir heute noch in § 61 BGB; eine entsprechende Einschaltung von Verwaltungsbehörden bei der Gründung einer Aktiengesellschaft gibt es nicht.

^{12a} Vgl. gerade im Bereich der eG die §§ 54 ff.

Auflösbarkeit wegen Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Anforderungen? Entstehungsgeschichte der Vorschrift

Wie soeben entwickelt wurde, bestehen einige Vermutungen dafür, daß § 81 auch mit seiner zweiten Alternative nur solche Genossenschaften treffen will, die sich gegen Belange der Öffentlichkeit auflehnen. Betrachtet man die historische Entwicklung der Vorschrift einmal in ihrem Zusammenhang, dann ergibt sich, daß sogar sehr viel für eine solche Annahme spricht.

1. Der heutige Rechtszustand, daß die Entstehung und damit korrespondierend auch die Beendigung der juristischen Personen des Privatrechts durch Gesetz geregelt sind, besteht noch nicht sehr lange. Im Beginn der Entwicklung in Deutschland steht wohl das Preußische Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 9. 11. 1843¹³. Nach seinem § 1 herrschte noch das Konzessionssystem: Die Gründung war gewissermaßen ein Gnadenakt, auf den ein Anspruch nicht bestand. Umgekehrt war das Schicksal der Gesellschaft besiegelt, wenn die Konzession nicht aufrechterhalten wurde. Nach § 6 konnte der Landesherr sie jederzeit zurücknehmen, allerdings nur „aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls“ und nur gegen Entschädigung¹⁴.

Diese Formulierung entspricht einem schon im Allgemeinen Landrecht¹⁵ ausgesprochenen Gedanken und hat mit diesem den Entschädigungszwang gemein. Es handelt sich hier also eindeutig um eine Vorschrift des öffentlichen

¹³ GS S. 341.

¹⁴ Die Vorschrift lautete:

(1) Die Konzession der Aktiengesellschaft kann vom Landesherrn aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls gegen Entschädigung zurückgenommen werden.

(2) Die Entschädigung erstreckt sich jedoch nur auf den wirklichen Schaden, nicht auf den entgangenen Gewinn.

(3) Über die Höhe der Entschädigung entscheidet in Streitfällen der Richter.

¹⁵ Einl. §§ 74, 75.

Rechts. Die Rechte des einzelnen haben notfalls hinter den Rechten der Allgemeinheit zurückzustehen, selbst dann, wenn der einzelne für den entstandenen Interessenkonflikt nicht verantwortlich gemacht werden kann, ihn vielleicht nicht einmal selbst verursacht hat.

§ 7 des gleichen Gesetzes lautete:

„Macht sich eine Aktiengesellschaft eines groben Mißbrauchs ihres Privilegiums schuldig, so geht dieselbe ihres Rechts ohne Entschädigung verlustig. Die Aufhebung des Rechts kann jedoch in diesem Falle nur durch Richterspruch erfolgen.“

Auch diese Vorschrift bestand zum Schutze des öffentlichen Wohls. Das ergibt sich klar aus dem Verhältnis von § 6 zu § 7: Bei bloßem Interessenkonflikt zwischen der Allgemeinheit und dem einzelnen mußte der letztere weichen, hatte aber einen Entschädigungsanspruch; war der Konflikt auf sein eigenes Verschulden zurückzuführen, dann traf ihn über die Auflösung hinaus auch noch der daraus entstehende Schaden, weil nunmehr der Allgemeinheit nicht mehr zugemutet werden konnte, ihm Ersatz für Verluste zu leisten, die er sich selbst zuzuschreiben hatte.

Im Anfang ging es also nur um den Schutz der Öffentlichkeit. Man erinnere sich an die Preußische Verfassung von 1850¹⁶, die bereits die Vereinsfreiheit brachte und lediglich politische Vereinigungen schärferen Überwachungsbestimmungen unterwarf.

Diese Tendenz wird noch deutlicher in der nächsten Vorschrift preußischen Rechtes, die sich mit der Aktiengesellschaft befaßte, Artikel 12 § 5 des Einführungsgesetzes zum ADHGB vom 24. 6. 1861¹⁷. Dieser ließ den Vernichtungsgrund eines bloßen Interessenkonflikts fallen und verlangte daher für eine Auflösung nunmehr stets Verschulden; auf der anderen Seite fügte er den Begriff „Gefährdung des Gemeinwohls“ ein und kam somit zu folgender Formulierung:

„Wenn eine Aktiengesellschaft sich rechtswidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird, so kann sie aufgelöst werden, ohne daß deshalb ein Anspruch auf Entschädigung stattfindet.“

Damit ist schon fast wörtlich der Wortlaut der ersten Alternative des § 81 GenG erreicht.

¹⁶ GS S. 17. Artikel 30 lautete:

„Alle Preußen haben das Recht, sich zu solchen Zwecken, die den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufen, in Gesellschaften zu vereinigen.

Das Gesetz regelt, insbesondere zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, die Ausübung des in diesem und in dem vorstehenden Artikel gewährleisteten Rechts. Politische Vereine können Beschränkungen und vorübergehenden Verboten im Wege der Gesetzgebung unterworfen werden.“

Zu Absatz 2 vgl. die §§ 8 und 16 der Verordnung über die Verhütung des die gesetzliche Freiheit und Ordnung gefährdenden Mißbrauchs des Versammlungs- und Vereinigungsrechts vom 11. 3. 1850, GS S. 277.

¹⁷ GS S. 449.

Die Verfahrensregelung bleibt 1861 im wesentlichen bestehen. Ohne gerichtliches Erkenntnis war die Auflösung also nach wie vor nicht möglich. Zwei bedeutsame Änderungen sind jedoch festzuhalten: Ein Urteil konnte nur noch auf Betreiben der Bezirksregierung ergehen. Außerdem wurde aus der zwingenden Bestimmung des Gesetzes von 1843 „so geht sie ihres Rechtes verlustig“ eine anpassungsfähige Kannvorschrift¹⁸. Es wurde also noch stärker betont, daß es sich hier eindeutig um Vorschriften zum Schutz von Belangen der Öffentlichkeit handelte: Hätten Verstöße gegen privates Recht geahndet werden sollen, so wäre die Einschaltung einer politischen und Verwaltungsbehörde wirklich nicht nötig gewesen. Ein mißgünstiger Konkurrent, der eine so einfache Möglichkeit, seinen Gegner auszuschalten, wahrnehmen würde, hätte sich immer gefunden. Immerhin erscheint hier noch denkbar, daß die Mitwirkung des Regierungspräsidenten gerade deswegen vorgesehen wurde, um solche mutwilligen Verfahren von vornherein unmöglich zu machen. Die zweite Änderung allerdings, die Einfügung der Kannvorschrift, ist auch auf solche Weise nicht mehr erklärbar. Einer im Rahmen von Bestimmungen des Privatrechts handelnden Behörde Ermessensfreiheit einzuräumen, ist mindestens unüblich und jedenfalls hier nicht ohne weiteres verständlich¹⁹; grundsätzlich hat jedes Rechtssubjekt bei im übrigen gleichem Sachverhalt Anspruch auf die gleiche Behandlung durch die Behörde wie alle anderen Rechtssubjekte. Eine Einschränkung kann nur dann gemacht werden, wenn das Verhalten des einzelnen mit den Belangen der Allgemeinheit in Widerspruch gerät. Hier ist aus mancherlei Gründen denkbar, daß das Verhalten des einen vom Staat schon nicht mehr geduldet werden kann, während das an sich völlig gleiche Verhalten des anderen weniger störend wirkt. Auch kann der Umfang der Störung verschieden sein; nicht in jedem Falle muß daher mit der schärfsten Waffe, der Auflösung, vorgegangen werden. Hier bietet sich daher der Einbau einer Ermessensentscheidung von selbst an. Eine solche wiederum kann von dem Gericht, das grundsätzlich nur das Recht anzuwenden hat, wesentlich schwerer getroffen werden als von einer Verwaltungsbehörde. Daher das seltsame Zusammenspielen von Behörde und Gericht in der besprochenen Vorschrift: Ob überhaupt ein Verfahren eingeleitet werden sollte, lag allein in der nicht nachprüfaren Entscheidung der Behörde; das Gericht hatte nur zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt waren, und durfte sich keine Gedanken über die Zweckmäßigkeit der Auflösung machen²⁰. Der weitaus wichtigere Teil des Verfahrens wurde also vom Gericht weg- und zu einer

¹⁸ „Die Auflösung kann in diesem Falle nur auf gerichtliches Erkenntnis auf Betreiben der in § 2 benannten Behörde erfolgen.“

¹⁹ Wo im Einzelfall von diesem Grundsatz abgewichen wird (etwa § 1668 BGB), sind die Gründe für die Einräumung von Ermessen stets von besonderer Natur und so einleuchtend, daß sie den Grundsatz nur bestätigen.

²⁰ Diese Zweispurigkeit besteht bei § 81 auch heute noch; vgl. unten Anm. 192.

Behörde hinverlagert. Allein darauf, ob der Bezirksregierung die Auflösung geboten erschien, kam es nunmehr entscheidend an. Daß die Regierung wiederum ihre Entscheidung ausschließlich von Gesichtspunkten des öffentlichen Wohls abhängig machte, liegt auf der Hand. Damit aber war der öffentlich-rechtliche Charakter der Vorschrift eindeutig klargestellt, wie ja auch heute noch wenigstens bezüglich der ihm entsprechenden ersten Alternative des § 81 anerkannt ist²¹.

2. An diese Entwicklung knüpfte das erste Genossenschaftsgesetz, das preußische Gesetz von 1867, an. Sein § 34²² entsprach bereits voll dem heutigen § 81. Zu dem schon bekannten Auflösungsgrund „Gefährdung des Gemeinwohls“ trat neu der Grund „Verfolgung anderer als geschäftlicher Zwecke“ hinzu. Wie erklärt sich dieser Zusatz?

Die Lösung scheint nicht schwer zu sein, wenn ein Blick auf die allgemeine politische Lage der Zeit und die Entwicklung geworfen wird, die die Genossenschaftsbewegung bis dahin genommen hatte.

In Preußen, das das erste Gesetz vorlegte, entstand die Genossenschaftsbewegung in der gleichen Zeit, in der der Liberalismus aufkam; sie erstarkte in der gleichen Zeit, in der die Sozialdemokratie sich zu rühren begann. Es kann hier nicht untersucht werden, ob diese so verschiedenen Strömungen vielleicht gemeinsame Wurzeln hatten²³; von Gegnern der Genossenschaften ist jedenfalls schon frühzeitig ein enger politischer Zusammenhang zwischen Genossenschaften und Liberalismus oder zwischen Genossenschaften und Sozialdemokratie angenommen worden. Daß ein solches Mißtrauen auf die preußische und später auf die Reichsregierung übergegriffen hat, liegt nahe und ist wenigstens in einigen Punkten beweisbar.

Die Stellung Schulze-Delitzschs, der ja einer der führenden Köpfe der 1861 gegründeten Fortschrittspartei war, in dem Konfliktsstreit der sechziger Jahre ist bekannt. Daß die von den Fortschrittlern verfochtene Ablehnung des Wehretats zu einer starken militärischen Gefährdung Preußens führen konnte, war der Partei klar. Denn gerade auf diesen Überlegungen baute sie ihre Politik auf; sie nahm an, daß sich die Regierung aus der drohenden Zwangslage nur durch weitgehendes Entgegenkommen auf die Wünsche des Abgeordnetenhauses werde herauswinden können. Der Regierung jedoch

²¹ Vgl. Einleitung 1.

²² § 34 Abs. 1 des G. betr. die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 27. 3. 1867, GS S. 501:

„Wenn eine Genossenschaft sich gesetzwidriger Handlungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird, oder wenn sie andere als die im gegenwärtigen Gesetz (§ 1) bezeichneten geschäftlichen Zwecke verfolgt, so kann sie aufgelöst werden, ohne daß deshalb ein Anspruch auf Entschädigung stattfindet.“

²³ die etwa in der gewaltigen Steigerung der deutschen Industrieproduktion im 19. Jahrhundert gesehen werden könnten.

mußte ein solches Verhalten schon fast als Hochverrat vorkommen²⁴. Schulze-Delitzsch aber ging noch weiter. In voller Offenheit sprach er von der Notwendigkeit eines hinter der Volksvertretung stehenden „Volksheeres“, „eine Wendung, die der König als Anspielung auf den Keim einer Revolutionsarmee auffassen mußte“²⁵. Bei anderer Gelegenheit erklärte er sogar angesichts der Erörterung der Gefahren, die Preußen aus der Verminderung der Schlagkraft der Armee erwachsen konnten: Aus solchen Niederlagen werde der Staat nur gestärkt hervorgehen, wie das Beispiel von 1806 beweise²⁶. Solche Ansichten mußten ihn zwangsläufig zu einem der der Regierung verhaßtesten Männer abstempeln.

Es darf nicht übersehen werden, daß die ersten Ansätze einer Kodifizierung des Genossenschaftsrechts gerade in die Zeit des Konflikts fielen. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn die Regierung den Verdacht faßte, die Fortschrittler würden diese neuen Vereinigungen, welche ja einen betont demokratischen Charakter zur Schau trugen, zu politischen Zwecken mißbrauchen. Daß ein solches Mißtrauen in weitestem Umfang tatsächlich bestand, ist überliefert²⁷. Anders ließe sich auch das schon 1863 festzustellende große Interesse Bismarcks an den ersten Vorberatungen des Gesetzes gar nicht erklären: Der Ministerpräsident wünschte, „von dem Gang dieser wichtigen Sache auf kürzestem Wege Kenntnis zu erhalten“²⁸. Daß es der Regierung bei der geschilderten Sachlage nicht darauf ankommen konnte, sicherzustellen, daß eine Genossenschaft nicht auch wirtschaftliche Geschäfte führen dürfe, die die Eigenwirtschaften ihrer Mitglieder nicht unmittelbar förderten, scheint einzuleuchten. Wenn sie also vier Jahre später den Erlaß des Gesetzes von der Aufnahme des § 34 abhängig machte²⁹, so darf wohl mit einiger Berechtigung angenommen werden, daß sie befürchtete, die bisher schon bei Aktiengesellschaften verwendete Formulierung „Gefährdung des Gemeinwohls“ werde unter Umständen nicht ausreichen, um gegen politische Ausschreitungen der Genossenschaften die erforderlichen Schritte unternehmen zu können, und somit nunmehr eine ergänzende Formulierung suchte, die es ihr im Einzelfall ermöglichen sollte, erforderliche Maßnahmen schnell ergreifen zu können, ohne erst den nach Lage der Dinge nicht immer leicht zu führenden Nachweis der Gefährdung des Gemeinwohls erbringen zu müssen.

Eine solche Annahme würde zwanglos erklären, warum auch für diesen Auflösungsgrund die eigenartige zweispurige Verfahrensgestaltung mit Ein-

²⁴ Vgl. Bismarck, Gedanken und Erinnerungen, 1952, Droemersch Verlagsanstalt, München, S. 245, 315.

²⁵ Ludwig Reiners, Bismarck, Erster Band 1956, München, S. 335.

²⁶ Ludwig Dehio, Die Taktik der Opposition während des Konflikts, in „Historische Zeitschrift“, Bd. 140, S. 306–310.

²⁷ Vgl. Crüger, Der heutige Stand . . . S. 11, 12.

²⁸ Zitiert nach Hermann Oncken, Lassalle, 2. Aufl. 1912 Stuttgart, S. 389.

²⁹ Crüger, a. a. O., S. 16.

schaltung einer Ermessen ausübenden Behörde beibehalten wurde. Denn für solche politischen Verfehlungen war dies die angemessene Verfahrensweise.

Der andere große Gegner, mit dem die Genossenschaften von ihren Gegnern mehr oder weniger identifiziert worden sind, waren die Sozialdemokraten. Auch hier kann nicht untersucht werden, ob und inwieweit eine solche Identifizierung zu Recht erfolgte; es genüge die Feststellung, daß derartige Vorstellungen tatsächlich bestanden.

Sicher erscheint allerdings, daß die preußische Regierung beim Erlaß des Gesetzes von 1867 entsprechende Befürchtungen noch nicht hegte: Die SPD wurde erst 1869 gegründet. Bis zum Erlaß des Reichsgenossenschaftsgesetzes änderte sich jedoch die Stellung des Staates zur Sozialdemokratie grundlegend. Es drängt sich daher der Gedanke auf, daß der äußerlich unverändert gebliebene Inhalt des Auflösungsparagraphen nunmehr auch — oder gar hauptsächlich — als Waffe gegen diese 20 Jahre vorher noch nicht als gefährlich angesehenen Männer gedacht war. In einem Punkte läßt dieser Gedanke sich näher belegen:

Das Sozialistengesetz³⁰ ging in ungewöhnlicher Schärfe³¹ gegen alle sozialdemokratischen Vereinigungen vor, die kurzerhand verboten wurden. Sein § 2 bestimmte, daß auf Genossenschaften mit sozialdemokratischen Tendenzen der § 35 GenG³² anzuwenden sei. Das war eine rein politische Maßnahme.

Im Regierungsentwurf zum heutigen Gesetz war ein § 138 Abs. 2 vorgesehen, wonach in den Fällen des § 2 des Sozialistengesetzes nunmehr § 77³³ angewendet werden sollte. Nach der amtlichen Begründung handelte es sich hierbei nur um eine deklaratorische Bestimmung, da die Anwendbarkeit auch ohne diesen § 138 eindeutig sei³⁴. Aus diesem Grunde ist die Aufnahme der Vorschrift in der endgültigen Fassung dann wohl auch unterblieben. Die Einstellung der Reichsregierung zeigt sich aber deutlich: § 81 war als Kampf- waffe gegen politisch mißliebige Bestrebungen gemünzt, auch wenn diese das „Gemeinwohl“ noch nicht gefährden sollten.

3. Zu diesen Überlegungen paßt die Fortbildung, die das Verfahren durch das Reichsgesetz erhielt: Nach dem vorigen Rechtszustand waren für die

³⁰ Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie vom 21. 10. 1878, RGBl. S. 351.

³¹ die um so bemerkenswerter ist, wenn die bisherige, einen recht freien Geist atmende Entwicklung des preußischen öffentlichen Vereinsrechts beachtet wird. Vgl. etwa den in Anm. 16 schon erwähnten Art. 30 der Verfassung vom 31. 1. 1850 oder die Verordnung vom 6. 4. 1848 (GS S. 87).

³² Es handelt sich um das Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 4. 7. 1868, BGBl. S. 415; die Vorschrift entsprach voll dem heutigen § 81.

³³ des Entwurfs, der dem heutigen § 81 entspricht.

³⁴ Zweiter Entwurf S. 235.

Auflösung die ordentlichen Gerichte zuständig³⁵. Nunmehr wurde die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte angeordnet, der öffentlich-rechtliche Charakter des ganzen Verfahrens einschließlich der zweiten Alternative also noch stärker unterstrichen. Die amtlichen Begründungen hierzu sprechen für sich selbst. So führt die erste Begründung aus, nachdem sie betont hat, daß es sich um ein Verfahren lediglich zur Wahrung öffentlicher Interessen handle³⁶:

„Die Auflösungsmaßregeln haben keinen richterlich-deklarativen, vielmehr einen wesentlich präventiven Charakter. Das Gesetz bestimmt zwar die Voraussetzungen, unter welchen allein die Auflösung ausgesprochen werden kann, aber dieselben sind nur zum geringsten Teil durch bestimmte Tatsachen begrenzt, diese mehr allgemeiner Natur und Fragen des Gemeinwohl, und das Vorhandensein dieser Voraussetzungen soll nicht die Auflösung unter allen Umständen nach sich ziehen; auch wenn dieselben an und für sich vorliegen, hat doch die Behörde nach Lage des Falles zu entscheiden.“

Die gleichen Argumente finden sich in der zweiten Begründung³⁷. Politische Gedankengänge standen also klar im Vordergrund³⁸. Welchen Geist die Vorschrift verkörperte, zeigt besonders gut § 149, dessen erster Halbsatz voll mit § 81 korrespondiert und dessen zweiter³⁹ Halbsatz es nur auf das öffentliche Wohl abstellt. Schon die Tatsache, daß beide Tatbestände in derselben Strafvorschrift geregelt worden sind, legt den Schluß nahe, daß auch der erste Tatbestand ähnliche politisch mißbilligte Verhaltensweisen ahnden soll.

Gleicher Ansicht scheint auch das Reichsjustizministerium gewesen zu sein, das in seinem Entwurf eines Genossenschaftsgesetzes von 1938/39 eine Änderung des § 81 vorschlug⁴⁰. Der § 243 Abs. 1 dieses Entwurfes übernahm wörtlich die Fassung des § 288 Abs. 1 AktG. Das Reichsjustizministerium hielt also eine Auflösung wegen Zweckentfremdung für überflüssig. Nun läßt sich nicht feststellen, daß sich in der Zeit zwischen dem Erlass des Gesetzes und dem Entwurf des Reichsjustizministeriums die Ansichten über das wirtschaftliche Verhalten der Genossenschaft geändert hätten; es gibt

³⁵ RGZ 14, 29.

³⁶ S. 158.

³⁷ S. 235.

³⁸ Für die Landesteile, in denen der Code Civile galt, vgl. von Caemmerer, der auf S. 167 ausführt: „Politischer Mißbrauch sollte verhindert werden. Auf das Übergreifen in als erwerbswirtschaftlich zu bezeichnende Tätigkeiten waren die Sanktionen nicht gemünzt.“ Parallele Gedankengänge für den e.V. bei Schrader-Rottmers S. 17. Siehe auch Beckers S. 34; Deumer, Genossenschaftswesen Bd. 2 S. 65; RGZ 78, 83.

³⁹ Durch den Aufruf des Rates der Volksbeauftragten vom 12. 11. 1918 aufgehoben. Nach RGSt 56, 177 (183) ist die Aufhebung mindestens seit Erlass des Artikels 123 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung gültig.

⁴⁰ Ähnlich Granzow S. 98.

keine Tätigkeit, die 1898 als nicht wirtschaftlich, 1938 (und heute) aber als wirtschaftlich angesehen wurde⁴¹. Wenn also 1938 kein Bedürfnis für ein Verbot unpolitischer nicht wirtschaftlicher Tätigkeit bestand, dann kann auch 40 Jahre vorher ein solches Bedürfnis nicht bestanden haben. Daher kann aus dem vorgeschlagenen § 243 geschlossen werden, daß auch das RJM den § 81 in erster Linie nur auf politische Verhaltensweisen für anwendbar hielt.

Aus allen diesen Erwägungen heraus klingt in der Literatur mitunter der Gedanke an, daß es sich bei der zweiten Alternative des § 81 um ein Relikt handle, das keine rechte Daseinsberechtigung mehr habe, nachdem die alten polizeistaatlichen Anschauungen überwunden worden sind⁴². Mit letzter Schärfe wird jedoch nicht festzustellen sein, daß die Vorschrift auf andere Verhaltensweisen nicht angewendet werden darf. Aus der Ansicht der preußischen oder der Reichsregierung allein kann auf den authentischen Willen des Gesetzgebers nicht geschlossen werden⁴³. Im Gegenteil kann man bei dem Gesetz von 1867 zum Beispiel gerade auch umgekehrt annehmen, daß das Abgeordnetenhaus, wenn es die von der Regierung gewünschte Formulierung schließlich akzeptierte⁴⁴, sich die Gedankengänge der Exekutive gerade nicht zu eigen machte, da nicht sehr wahrscheinlich ist, daß man eine Vorschrift mit dem Willen in das Gesetz aufnahm, sie gegebenenfalls bei Tätigkeiten, die man selbst für absolut legal ansah, gegen sich selbst anwenden zu lassen.

Ähnliche Erwägungen gelten für das Reichsgesetz. Daß der damalige Reichstag die Bestimmung jedenfalls auch als politische Vorschrift angesehen hat, kann zwar unbedenklich angenommen werden. Damit ist aber noch nicht erwiesen, daß die Vorschrift nur bei politisch getadelter Tätigkeit angewendet werden sollte. Wie unklar im Gegenteil die Vorstellungen im einzelnen waren und in welchem Umfange so verschiedene Fragen, wie Beschränkung auf den Mitgliederverkehr, Schutz der Konkurrenz, Gefährdung des Gemeinwohls und schließlich auch Steuerfragen, miteinander vermengt wurden, zeigt eine Rede anläßlich der Beratung des Reichsgesetzes⁴⁵, in der das Beispiel einer Genossenschaft gebildet wurde, die Spirituosen an Nichtmitglieder verkaufte; diese Genossenschaft, meinte der Redner, müsse auf Grund der Bestimmungen über die Gefährdung des Gemeinwohls aufgelöst werden, bis das jedoch geschehen sei, werde die Konkurrenz wohl untergehen sein.

⁴¹ Siehe Westermann, Neugestaltung . . . S. 79.

⁴² v. Caemmerer S. 167; Waldecker S. 103 ff.; Rieß S. 219; Schumacher S. 129; Deumer, Genossenschaftswesen Bd. 2 S. 65. S. auch Meder S. 19, der als Lösungsbeispiel den Umsturzversuch der bestehenden Staats- oder Gesellschaftsordnung bringt.

⁴³ BVerfG in NJW 1960 S. 1563³.

⁴⁴ Maurer-Birkenbihl § 81 Anm. 1.

⁴⁵ Entwurf 2, Allg. Begr., 4. Bd. (1. Anl. Bd.) S. 293.

Die Entstehungsgeschichte läßt also einen eindeutigen Beweis dafür, daß die zweite Alternative nur eine erweiterte Form der ersten Alternative ist, nicht zu⁴⁶. Ähnliches muß auch von der Gestaltung des Verfahrens gelten. Wenn es auch ungewöhnlich anmuten muß, ein rein zivilrechtlich zu beurteilendes Verhalten in einem Verfahren nachprüfen zu lassen, das sonst öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vorbehalten ist, so ist dies doch nicht schlechterdings unsinnig. Der Grund für eine solche Regelung kann zum Beispiel sehr einfach darin gefunden werden, daß es untunlich erschien, in einem Paragraphen gleich zwei verschiedene Rechtswege vorzuschreiben, da für die erste Alternative der Verwaltungsrechtsweg ja auf jeden Fall das gegebene Verfahren ist. Auch in § 44 BGB verfährt das Gesetz ebenso. Für beide Auflösungsgründe des § 43 BGB wird der Verwaltungsrechtsweg vorgeschrieben, obwohl § 43 Abs. 2 BGB im Gegenteil zu Abs. 1 eine Vorschrift ist, die ein allein zivilrechtlich zu beurteilendes Verhalten wegen seiner ebenfalls nur im zivilrechtlichen Sinne bestehenden Gefährlichkeit unterbinden will.

Man wird daher davon ausgehen müssen, daß die zweite Alternative jedenfalls auch als Waffe gegen Verhaltensweisen gedacht ist, die nicht schon aus Gründen des öffentlichen Wohls unterbunden werden sollen, daß eine Auflösung also schon dann möglich sein soll, wenn eine Genossenschaft eine Tätigkeit ausübt, die zwar die Öffentlichkeit in keiner Weise berührt, die aber doch den Zwecken des Genossenschaftsgesetzes zuwiderläuft.

Bevor untersucht werden kann, welcher Art eine solche Tätigkeit sein könnte, muß dabei wegen des Klammerzitates in § 81 vorab geklärt werden, was § 1 unter dem „Zweck“ einer Genossenschaft versteht.

⁴⁶ So auch Ahle S. 71 ff.

Auflösbarkeit wegen Verstoßes gegen privatrechtliche Belange?

Erster Abschnitt

Die Eintragungsvoraussetzungen

Nach § 1 müssen bei der Eintragung einer neuen Genossenschaft drei⁴⁷ Voraussetzungen vorliegen:

- a) Es muß sich um eine „Gesellschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl“ handeln;
- b) durch diese „Gesellschaft“ sollen die Mitglieder gefördert werden;
- c) diese Förderung soll mittels eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs erfolgen.

Für die hier zu entscheidenden Fragen ist das erste dieser drei Erfordernisse offensichtlich ohne Bedeutung: Die Verfolgung wirtschaftlicher oder nicht wirtschaftlicher Zwecke, auf die § 81 es allein abstellt, kann nie dadurch beeinflusst werden, daß eine andere Vereinigung als gerade eine „Gesellschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl“ Träger des Unternehmens ist. Außerdem trägt das Gesetz schon anderweitig Sorge, daß dieses erste Erfordernis in jeder Hinsicht eingehalten wird: Eine „Gesellschaft“ im Sprachgebrauch des § 1 besteht zwangsläufig so lange, als noch mehr als ein Mitglied vorhanden ist. So weit kann es jedoch nie kommen, da nach § 80 die Auflösung bereits erfolgt, wenn die Genossenschaft weniger als sieben Mitglieder hat⁴⁸. Und dafür, daß die Mitgliederzahl nicht in eine geschlossene abgeändert werden kann, sorgt § 65. Dieser Vorschrift entgegenstehende Beschlüsse der Genossenschaftsorgane wären nichtig, Auflösung als Sanktion unwirksamer Beschlüsse aber wäre sinnlos.

⁴⁷ Parisius-Crüger § 1 Anm. 3.

⁴⁸ Zwar wird den Genossen nicht verwehrt werden können, das verbleibende Rumpfbild als nicht eingetragene Genossenschaft weiterzuführen, wenn alle Verbindlichkeiten der rechtsfähigen Genossenschaft erfüllt worden sind. Insofern tritt also eine endgültige Vernichtung der Genossenschaft doch nicht ein. Die neu entstehenden Rechtsverhältnisse sind jedoch nicht mehr nach dem Genossenschaftsgesetz zu beurteilen; in Frage kommen die §§ 21 ff. und 705 ff. BGB. Vgl. Meyer-Meulenbergh § 1 Anm. 1e).

Hier müssen daher nur die zwei weiteren Begriffe: „Förderung der Mitgliederwirtschaften“ und „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“ näher betrachtet werden. Dabei scheint zunächst eindeutig zu sein, daß eine Genossenschaft andere als wirtschaftliche Zwecke jedenfalls dann verfolgt, wenn sie nicht den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder fördern will. Nicht mehr so eindeutig erscheint die Rechtslage aber schon dann, wenn die Genossenschaft zwar die Eigenwirtschaften ihrer Mitglieder noch fördern will, hierzu aber nicht einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb verwendet. Bei unbefangener Betrachtung des § 1 bieten sich also sofort zwei verschiedene Auslegungsmöglichkeiten für die Anwendung des § 81 an: Die Auflösung ist entweder erst dann zulässig, wenn die Mitgliederwirtschaften nicht mehr gefördert werden sollen; oder bereits dann, wenn eine Förderung zwar noch angestrebt wird, aber nicht auf die im Genossenschaftsgesetz vorgesehene Weise.

Das spitzt sich auf folgende Frage zu: Liegt der Zweck der eG in der Förderung des Erwerbs der Mitglieder⁴⁹, oder liegt er nur in einer mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs erreichten Förderung⁵⁰? Im ersten Fall ist der Begriff „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“ darum noch nicht überflüssig, stellt aber ein neben dem Zweckbegriff selbständiges weiteres Definitionsmerkmal dar, dessen Fehlen allerdings eine Auflösung nach § 81 nicht nach sich ziehen kann; im zweiten Fall sind Zweck und Mittel so unlösbar miteinander verknüpft, daß das Mittel gewissermaßen als Teil des Zwecks erscheint.

Der nicht glückliche Wortlaut des § 1 trägt zur Klärung wenig bei; mit ihm lassen sich beide Lesarten vereinbaren.

Endgültig kann die Frage erst entschieden werden, wenn klar ist, was unter „gemeinschaftlichem Geschäftsbetrieb“ einerseits und „Mitgliederförderung“ andererseits zu verstehen ist.

Bevor eine Definition dieser beiden Begriffe versucht wird, sei kurz auf die besonderen Probleme hingewiesen, die bei jedem Versuch einer Definition des § 1 überhaupt auftreten. Eine exakte Klärung der dort verwendeten Begriffsmerkmale mit scharfen Abgrenzungen ist fast unmöglich, weil die Begriffe ineinander übergehen, miteinander „verzahnt“ sind⁵¹. Das Gesetz schuf nicht einen neuen, bis dahin unbekannten Typ der juristischen Person, der durch eindeutige und unmißverständliche Begriffsmerkmale festgelegt werden konnte⁵². Vielmehr hat sich die Entwicklung umgekehrt vollzogen:

⁴⁹ So OLG Hamburg in JW 1916, 870.

⁵⁰ So die Vorinstanz zu der in der vorigen Anmerkung zitierten Entscheidung.

⁵¹ Paulick, Lehrb. S. 60; Ahle S. 73; Messerschmidt S. 40.

⁵² Anders bei den sonstigen juristischen Personen des Handelsrechts. Vgl. z. B. § 1 AktG: Alle dort aufgezählten Definitionsmerkmale (eigene Rechtspersönlichkeit, in Aktien zerlegtes Grundkapital, Beteiligung der Gesellschafter, keine persönliche Haftung der Gesellschafter) sind so eindeutig, daß Zweifel über das Vorliegen eines Merkmals im Normalfall gar nicht entstehen können.

Schon vor der gesetzlichen Regelung hatten sich — nicht rechtsfähige — Genossenschaften gebildet⁵³. Die Aufgabe des neuen Gesetzes mußte daher in erster Linie darin bestehen, diesen neuerdings rechtsfähigen, aber schon vorhandenen Vereinigungen ein passendes rechtliches Gewand zu schneiden, ohne doch in die Konstruktion und den Wesensgehalt dieser Vereinigungen zu stark eingreifen zu müssen⁵⁴. Das Gesetz mußte daher zwangsläufig den Versuch machen, die schon vorhandenen Genossenschaften zu beschreiben. Zu einem sehr klaren Ergebnis hat dieser Versuch nicht geführt, wie die vielen, gerade zu diesen Auslegungsfragen entwickelten Ansichten in Rechtsprechung und Literatur beweisen. Das ist erklärlich; denn schon im vorigen Jahrhundert waren die Anschauungen über das Wesen der Genossenschaft nicht einheitlich⁵⁵. Dessen ungeachtet bleibt festzuhalten: Wegen der historischen Wurzeln des Genossenschaftsbegriffs ist ein Verständnis des Gesetzes ohne ein Eingehen auf die wirtschaftlichen und geschichtlichen Grundlagen nur schwer oder gar nicht möglich⁵⁶. Will man daher die Vorstellungen des Gesetzes über den Förderungsbegriff und den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb feststellen, so kann es nicht schaden, zu klären, was — unabhängig von der endgültigen Festlegung im Gesetz — unter einer „Genossenschaft“ überhaupt zu verstehen ist, da der juristische Begriff, der ja den tatsächlichen Gegebenheiten angepaßt sein muß, wohl nur auf diese Weise lebendig werden kann. Diesem Gedankengang entsprechend, kennen Rechtsprechung und Literatur⁵⁷ neben dem juristischen Begriff des § 1 einen außerrechtlichen wirtschaftlichen Begriff, den sogenannten „überpositiven Genossenschaftsbegriff“. Dieser korrespondiere zwar weitgehend mit dem gesetzlichen Begriff, entspreche ihm aber nicht vollkommen. Danach ist, *cum grano salis*, der gesetzliche Begriff der Versuch einer Umschreibung des überpositiven Begriffs, welcher letzterer somit zur näheren Auslegung im Einzelfall mit herangezogen werden kann.

Eine solche Handhabung bietet aber für den Juristen nicht geringe Gefahren. Zweifellos darf er, will er sich nicht dem Vorwurf der Weltfremdheit aussetzen, die wirtschaftliche Seite des Phänomens „Genossenschaft“ nicht außer acht lassen. Der wirtschaftliche Begriff ist jedoch mit juristischen Mitteln kaum faßbar; im übrigen gab und gibt es gerade im Genossenschaftsrecht immer starke ideologische Strömungen der verschiedensten Richtungen. Wer sich mit Fragen des § 1 beschäftigt, läuft daher leicht Gefahr, seine eigene Ansicht über das, was eine Genossenschaft sein sollte, als den „über-

⁵³ Paulick, Lehrbuch S. 24.

⁵⁴ Vgl. etwa Crüger, Der heutige Stand . . . S. 10—16, der diesen historischen Anfängen noch nahestand und dessen Meinung mit entsprechenden subjektiven Momenten stark, aber bezeichnend durchsetzt ist.

⁵⁵ Vgl. etwa Henzler in Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1939, S. 264.

⁵⁶ Paulick, . . . Typenbeschränkung S. 105. Waldecker S. 33.

⁵⁷ Paulick, . . . Typenbeschränkung Kapitel 8; ders., Lehrbuch S. 4; Plückebaum S. 4; Ahle S. 22 m. w. N.

positiven“ Begriff anzusehen und auf diesem Umweg in den gesetzlichen Begriff des § 1 hineinzulesen. Leicht mag man dann die eigene Vorstellung für den bindenden Befehl des Gesetzes halten. Als Beispiel sei hier die in neuerer Zeit aufgestellte Forderung angeführt, daß sich Genossenschaften auf die Förderung der „wesenseigenen“ Tätigkeit der Genossen zu beschränken hätten⁵⁸. Gegner und Anhänger dieser Ansicht könnten sich für ihre Meinung auf den überpositiven Begriff oder das „Wesen“ der Genossenschaft berufen. Rein juristisch werden beide Meinungen schwer zu widerlegen oder auch gutzuheißen sein, solange man als Ausgangspunkt einen außerrechtlichen Begriff wählt.

Gerade wegen der engen Verknüpfung des § 81 mit § 1, die erst kürzlich wieder besonders deutlich herausgearbeitet worden ist⁵⁹, wäre ein solches Verhalten besonders folgenschwer: Die Auflösung als die schärfste gegen juristische Personen verfügbare Waffe darf von Zeitströmungen und persönlichen Vorstellungen über das „Wesen“ nicht beeinflusst werden⁶⁰. Sollte ein Wandel der Anschauungen zur Folge haben, daß die Auflösung einer Genossenschaft wegen eines Tatbestandes erforderlich scheint, der nach früherer Auffassung weniger hart zu beurteilen gewesen wäre, so ist es allein Aufgabe der Legislative, das Gesetz diesem Erfordernis anzupassen. Nicht aber ist es Aufgabe des Richters, diese Anpassung unter Berufung auf das „Wesen“ durch erweiternde Auslegung der bestehenden Gesetze vorzunehmen.

Darf somit auch der Jurist den wirtschaftlichen Tatbestand der Genossenschaft nicht übersehen⁶¹, so muß er doch gerade da, wo Wechselbeziehungen der beiden Begriffe zueinander angenommen werden, besonders behutsam vorgehen. Bei der Auslegung hat er daher in erster Linie von § 1 auszugehen; der wirtschaftliche oder überpositive Begriff darf für ihn nichts anderes sein als ein Auslegungsmittel — ein wertvolles Hilfsmittel zwar, aber auch nicht mehr. Man muß sich jedoch davor hüten, einen aus nicht juristischen Überlegungen heraus gewonnenen Begriff der Genossenschaft als das

⁵⁸ Eine Absatzgenossenschaft dürfte also gegebenenfalls keine Waren an ihre Mitglieder verkaufen. Zum Meinungsstreit vgl. Westermann, Neugestaltung . . . S. 92; Henzler, Neugestaltung . . . S. 62; Reinhardt, Genossenschaftliche Zusammenschlüsse S. 250 einerseits — Gabriel, Grundfragen . . . S. 289, ders., Zur Reform . . . S. 6 andererseits. Siehe im übrigen unten bei Anm. 218.

⁵⁹ Paulick, Lehrbuch S. 331; Institut für Genossenschaftswesen S. 22.

⁶⁰ Draheim, Die Genossenschaft als Unternehmungstyp S. 233: „Bei der Anwendung der Begriffe ‚Entartung‘, ‚wahre Genossenschaft‘, ‚echte Genossenschaft‘ ist besondere Vorsicht geboten. Es spricht aus ihnen meistens ein orthodoxer Dogmatismus, der irgendwelche, meist subjektive Vorstellung von der Genossenschaft zu dem idealen Modell macht, nach dem die wirklich vorhandenen Genossenschaften bewertet werden.“ Nach Reinhardt, Die Verfassung der Genossenschaft S. 67 beruht die propagandistische Bedeutung des Wortes „Wesen“ gerade auf seiner Undeutlichkeit.

⁶¹ Paulick, . . . Typenbeschränkung S. 105.

Ergebnis vorauszusetzen, zu dem auch die rechtliche Deutung zu führen hätte. Hierin aber liegt die eigentliche Schwierigkeit jeder Abgrenzung des scharfkantigen Genossenschaftsbegriffs⁶².

A. Die Förderung der Mitgliederwirtschaften

Die Genossenschaft soll den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder fördern. Sie soll also den Genossen materielle Vorteile verschaffen. Mit dieser ganz allgemeinen Feststellung ist bereits der Hauptunterschied zwischen der eingetragenen Genossenschaft und dem Idealverein des Bürgerlichen Gesetzbuches aufgezeigt, der seine Mitglieder nicht materiell fördern soll⁶³.

Unter „Erwerb“ wird im allgemeinen das Berufsleben und unter „Wirtschaft“ die häusliche Privatwirtschaft der Mitglieder verstanden⁶⁴. Daraus ist die Folgerung gezogen worden⁶⁵, daß der Erwerb der Mitglieder gefördert werde, wenn ihre (beruflichen) Einnahmen vermehrt werden, die Wirtschaft dagegen, wenn ihre (hauswirtschaftlichen) Ausgaben vermindert werden. Diese schlagwortartige und an sich einprägsame Formulierung erweist sich jedoch bei näherer Untersuchung als zu eng:

Zuzugeben ist, daß eine Förderung der häuslichen Privatwirtschaft, wie sie etwa Hauptaufgabe der Konsumgenossenschaften ist, schwerlich anders durchgeführt werden kann als durch eine Verminderung der von den Genossen ohnehin vorzunehmenden Ausgaben. Denn sobald die Genossenschaft die Einnahmen des Mitglieds verbessert oder gar neue Einnahmequellen verschafft, greift sie normalerweise bereits in sein Erwerbsleben ein; von einer Förderung der häuslichen Privatwirtschaft kann dann nicht mehr gut gesprochen werden.

Unrichtig wäre jedoch die Annahme, das Berufsleben der Mitglieder könne nur durch eine Vermehrung der Einnahmen gefördert werden. Eine Förderung im Berufsleben kann ebensogut durch Senkung von Unkosten, also durch Ausgabenminderung, vorgenommen werden⁶⁶. Dies ist sogar die typische Form der Einkaufsgenossenschaft, die ihren Mitgliedern die von

⁶² So weit wie Glass S. 58 (ähnlich Bästlein S. 8), der meint, daß aus diesen Gründen eine juristische Definition eigentlich unmöglich sei, wird man allerdings nicht zu gehen brauchen. Ein jeder Fall wird seine rechtliche Lösung finden können. Daß im Einzelfall immer Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten können, ist nichts Ungewöhnliches.

⁶³ § 21 BGB: „Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts.“

⁶⁴ Meyer=Meulenbergh § 1 Anm. 1 c; Lang=Weidmüller § 1 Anm. 3.

⁶⁵ von Sicherer S. 149. Funk S. 10. Nagel § 1 Anm. 3. Maurer=Birkenbihl § 1 Anm. 6. Deumer, Das Recht der eG S. 54.

⁶⁶ Diese Ausgabenminderung hat natürlich letztlich eine Steigerung des Gewinns, also indirekt eine Einnahmenmehrung zur Folge.

diesen benötigten Wirtschaftsgüter möglichst preiswert zur Verfügung stellen soll.

Die erwähnte Formel müßte daher, sollte sie aufrechterhalten bleiben, wie folgt erweitert werden: Förderung des Erwerbs besteht in einer Mehrung der Ausgaben oder in einer Minderung der Einnahmen im Berufsleben; Förderung der Wirtschaft besteht in einer Ausgabenminderung im privaten, hauswirtschaftlichen Bereich⁶⁷. Damit ist aber die schlagwortartige Aussagekraft der Formel verblaßt. Hinzu kommt, daß die beiden Komplexe „Berufsleben“ und „Hauswirtschaft“ häufig nicht klar voneinander getrennt werden können, da sie sich gegenseitig überschneiden⁶⁸. Würde zum Beispiel ein Landwirt, der einen gewissen Zweig seiner Produktion nur für den Eigenverbrauch verwendet, in seinem Wirtschafts- oder in seinem Erwerbsleben gefördert werden, wenn ihm seine Genossenschaft gerade in diesem Zweige eine billigere Produktion, etwa durch günstige Verschaffung von Saatgut, ermöglicht? Außerdem kann eine Ersparung im Privatetat Mittel für das Erwerbsleben freimachen (oder umgekehrt) und sogar eigens zu diesem Zweck vorgenommen worden sein. Man würde also die Entscheidung, ob diese Einsparung im Einzelfalle eine Förderung des Erwerbs oder eine solche der Wirtschaft darstellt, wahrscheinlich davon abhängig machen müssen, auf welche Weise die Ersparnisse schließlich eingesetzt werden. Die Absicht des Genossen kann es sogar sein, in beiden Sparten in gleicher Weise Vorteile zu erzielen.

Schließlich ist nicht recht ersichtlich, inwieweit einer Unterscheidung der beiden Begriffe überhaupt Bedeutung zukommen könnte⁶⁹. Daher hat sich in der neueren Literatur⁷⁰ mehr und mehr die Ansicht durchgesetzt, an Stelle der beiden Begriffe gemeinsam den neutralen Begriff „Mitgliederwirtschaft“ oder auch „Eigenwirtschaft“ einzusetzen. Hierunter ist, je nach Lage des Falles, sowohl das berufliche Leben als auch die hauswirtschaftliche Sphäre des einzelnen Mitglieds zu verstehen. Der Begriff „Mitgliederwirtschaft“ wird im folgenden in diesem Sinne verwendet.

Die Mitgliederwirtschaften werden somit dann gefördert, wenn ihnen durch die Genossenschaft wirtschaftliche Vorteile geldwerter Art verschafft werden, wobei es gleichgültig ist, ob dies durch Verminderung der Aufwendungen oder durch Erhöhung der Erträge geschieht und wobei weiter gleichgültig ist, ob diese wirtschaftlichen Vorteile in der Berufs- oder in der häuslichen Sphäre erzielt werden.

Dabei ist ein Punkt zu beachten: Das Gesetz verlangt nicht, daß die Genossenschaft eine solche Förderung tatsächlich vornimmt. Sie muß sie nur an-

⁶⁷ So Parisius=Crüger § 1 Anm. 9; Meyer=Meulenbergh § 1 Anm. 1 c.

⁶⁸ Paulick, Lehrbuch S. 52; Messerschmidt S. 112.

⁶⁹ So auch Bundesjustizministerium S. 10.

⁷⁰ Granzow S. 17 ff.; Paulick, Lehrbuch S. 52; Henzler, Genossenschaftswesen S. 30; Messerschmidt S. 112.

streben („bezweckt“); das Ziel muß jedoch nicht notwendig erreicht werden. Selbst dann also, wenn eine Genossenschaft aus objektiven Gründen nie in der Lage sein sollte, ihren Zweck zu erfüllen, würde sie doch nicht aufhören, eine Genossenschaft im Sinne des § 1 zu sein⁷¹. Ihre Tage würden zwar gezählt sein, da das Eigenkapital eher oder später aufgebraucht sein wird; der Förderungsbegriff des § 1 ist aber noch erfüllt⁷²!

Wenn jede wirtschaftliche Besserstellung eine Förderung ist, dann ist kaum eine Tätigkeit denkbar, die eine Genossenschaft nicht ausüben darf. Schließlich stellt sich sogar die Ausübung des Kegelsports in den Räumen des eigenen Vereins billiger als in der Gastwirtschaft, deren Inhaber ja auch einen Gewinn erzielen will⁷³. Und auch die Dividendenzahlung der Aktiengesellschaft stellt eine wirtschaftliche Besserstellung des Aktionärs dar. Der Förderungsbegriff in seiner Uferlosigkeit⁷⁴ bedarf also dringend eines Regulativs, wenn nicht die Grenzen zwischen Genossenschaft und Verein einerseits und zwischen Genossenschaft und Aktiengesellschaft andererseits völlig verwischt werden sollen. Als solches Regulativ bietet sich zunächst die Tatsache an, daß nicht die Mitglieder, sondern die Eigenwirtschaften der Mitglieder gefördert werden sollen. Angesichts der weiten Auslegung des Förderungsbegriffs durch die Rechtsprechung scheint jedoch eine weitere Einschränkung erforderlich. Diese Einschränkung sieht die herrschende Lehre in dem Erfordernis der „unmittelbaren“ Förderung. Dieses Erfordernis besagt, daß die Mitgliederwirtschaften als solche, also unmittelbar, zu fördern sind⁷⁵. Danach sind namentlich die sogenannten „Dividendengenossenschaften“ verboten, die ihren Mitgliedern im Prinzip nichts anderes gewähren wollen als eine möglichst günstige Verzinsung ihrer Einlagen. Die Mitglieder sollen also nur in ihrer speziellen Lebensstellung unterstützt werden⁷⁶.

⁷¹ Deshalb darf der Registerrichter die Lebensfähigkeit einer angemeldeten Genossenschaft nicht nachprüfen. KG RJ 9, 241; Paulick, . . . Typenbeschränkung S. 88; Meyer=Meulenbergh § 1 Anm. 1d; Parisius=Crüger § 1 Anm. 9.

⁷² Ob dagegen in solchen Fällen noch eine Genossenschaft im Sinne des überpositiven Genossenschaftsbegriffs vorläge, mag füglich bezweifelt werden!

⁷³ Vgl. unten bei Anm. 132.

⁷⁴ Gabriel, Grundfragen . . . S. 288.

⁷⁵ KGJ 18, 27; KGJ 37A 168; KG RJ 9, 241; OLG Hamburg JW 1916, 870; Parisius=Crüger § 1 Anm. 13; Meyer=Meulenbergh § 1 Anm. 1d); Crüger, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften S. 14; Deumer, Das Recht der eG S. 54; Henzler, Genossenschaftswesen S. 29; Meder S. 20; Möllers S. 10; Paulick, Lehrbuch S. 51; ders., . . . Typenbeschränkung S. 89 bei Anm. 8. — Der Gedanke klingt an in der moderneren Verwendung des Wortes „Eigenwirtschaft“, vgl. Anm. 70.

⁷⁶ Verfasser hält diese Einschränkung für richtig; ob sie allerdings aus dem Förderungsbegriff des § 1 abgeleitet werden kann, ist zweifelhaft. Das KG, das diesen Gedanken wohl zuerst entwickelt hat, zieht seine Schlüsse jedenfalls auch aus dem Begriff „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“; der Aufgliederung im Schrifttum folgend, wird dieser Punkt jedoch schon hier erwähnt. Vgl. bei Anm. 118.

Hier muß einem Mißverständnis vorgebeugt werden: „Unmittelbar“ besagt nicht, daß die Genossenschaft ihre Geschäfte unmittelbar mit den Mitgliedern abschließen muß. Sonst wären so eingebürgerte und eindeutig mitgliedsfördernde Tätigkeiten wie das Delkrederegeschäft⁷⁷ oder das Lieferanten-geschäft einer Genossenschaftszentrale direkt an das Mitglied der Einzelgenossenschaft⁷⁸ oder das „Markengeschäft“⁷⁹ nur schwer zu rechtfertigen. „Unmittelbar“ soll also nur bedeuten, daß der Vorteil der Betriebsnutzung dem Mitglied nicht nur nach Art einer Dividende zufließt, sondern seiner speziellen Wirtschaftsführung, der die Genossenschaft angepaßt ist, zugute kommt. So fördert zum Beispiel die Beteiligung an einer Zentralgenossenschaft die Mitglieder der lokalen Genossenschaft nie unmittelbar, sondern immer nur über den Umweg der unmittelbaren Förderung des Geschäftsbetriebs der lokalen Genossenschaft. Die Wirtschaft des Mitglieds selbst kann also im Einzelfall durchaus auch mittelbar gefördert werden⁸⁰.

B. Der gemeinschaftliche Geschäftsbetrieb

I. Mitteilung vertretener Definitionen

Die somit festgelegte Förderung der Mitglieder soll durch einen „gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb“ erreicht werden.

1. „Geschäftsbetrieb“ sind diejenigen tatsächlichen Voraussetzungen, die zur Erreichung des wirtschaftlichen Zweckes erforderlich sind. Die Literatur drückt das im allgemeinen so aus, daß der Geschäftsbetrieb „ein auf Dauer berechnetes Unternehmen“⁸¹ sei. Hier kommt mithin zum Ausdruck, daß nicht nur der erstrebte Erfolg auf wirtschaftlichem Gebiet liegen soll, sondern daß auch der Weg, der zu diesem Erfolg führt, selbst ein wirtschaftlicher, „geschäftlicher“ Weg sein soll⁸².

Wie dieser Betrieb im einzelnen auszusehen hat, läßt sich nicht näher festlegen: Jedes wirtschaftende Unternehmen hat seine eigenen Erfordernisse, nach denen es seinen Aufbau und seine Organisation auszurichten hat⁸³. Der

⁷⁷ Weippert S. 108.

⁷⁸ Reinhardt, Genossenschaftliche Zusammenschlüsse S. 248; Draheim, Genossenschaftliche Zusammenschlüsse S. 230.

⁷⁹ RGZ 78, 78.

⁸⁰ Darauf weist Westermann, Neugestaltung . . . S. 88 mit dem Bemerken hin, daß andernfalls Betreuungen, Beratungen, Kontrollen etc. nicht unter den Förderungsbegriff fallen würden. Siehe auch Henzler, Neugestaltung . . . S. 69.

⁸¹ Parisius=Crüger § 1 Anm. 17, 18; Nagel § 1 Anm. 4; Paulick, Lehrbuch S. 59; Deumer, Das Recht der eG S. 55; Messerschmidt S. 115; Möllers S. 10; Plückerbaum S. 10.

⁸² Waldecker S. 31.

⁸³ Deshalb hat das Gesetz, wie der Entwurf I S. 74 zeigt, von einer näheren Umschreibung dieses Begriffes abgesehen.

Geschäftsbetrieb, der zwar bei jeder Genossenschaft vorliegen muß⁸⁴, ist somit dasjenige Merkmal, das einer jeden Genossenschaft ihre eigene, spezifische Färbung gibt. Er hat also bei jeder Genossenschaft ein anderes Gesicht, während das andere Merkmal, die Mitgliederförderung, bei jeder Genossenschaft in immer gleicher Weise wiederkehrt.

2. Dieser Geschäftsbetrieb soll „gemeinschaftlich“ sein. Das ist ein sprödes Begriffsmerkmal. „Gemeinschaftlich“ scheint, so möchte man zunächst meinen, ja nicht der Betrieb selbst sein zu können, sondern nur die Verhaltensweise der Mitglieder, die Art, wie sie den Betrieb durchführen. Dann bieten sich zwei Auslegungsmöglichkeiten an: Entweder soll die Tätigkeit der Genossenschaft nur durch die Gemeinschaft der Genossen vorgenommen werden, oder die Tätigkeit soll umgekehrt nur mit der Gemeinschaft, also mit den Genossen als Geschäftspartnern, durchgeführt werden. Der Unterschied zwischen diesen beiden Möglichkeiten liegt also in der verschiedenen Stellung der Mitglieder zur Vereinigung. In dem ersten Fall wird betont, daß diese die Träger des Unternehmens sind, die selbst für den Geschäftsbetrieb zu sorgen, vielleicht sogar in einem gewissen Umfang ihn selbst zu betreiben haben. Im zweiten Fall wird mehr Wert auf die Feststellung gelegt, daß die Mitglieder die Kunden des Unternehmens sind, an die sich die Tätigkeit des Vereins hauptsächlich oder gar ausschließlich zu richten hat. Beide Ansichten sind in der Literatur vertreten worden; beide begegnen sie gewissen Bedenken.

Der gewöhnliche Sprachgebrauch legt die erste Deutung näher, daß im gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb eine irgendwie geartete gemeinschaftliche Verhaltensweise der Mitglieder liegen muß.

a) Die konsequenteste Durchführung dieses Gedankens führt zu der in der Literatur in der Tat vertretenen Ansicht⁸⁵, daß die Handlungen der Genossenschaft, namentlich die rechtlich relevanten Handlungen, von der Gesamtheit der Genossen gemeinschaftlich durchgeführt werden sollen.

Diese Annahme ist vielleicht eine historische Beschreibung der ersten Genossenschaften, kann aber als Definition der eingetragenen Genossenschaft nicht hingenommen werden. Die ersten Genossenschaften hatten nur eine geringe Größe. Solange sie auch noch der Rechtsfähigkeit und damit des haftenden Kapitals entbehrten, mußten sich naturgemäß die Mitglieder stärker für das gemeinsame Unternehmen einsetzen, da nur sie, nicht die Vereinigung, den Kontrahenten Gewähr für eine vertragsgemäße Abwicklung der eingegangenen Verbindlichkeiten boten. Sobald jedoch die Rechtsfähigkeit erlangt

⁸⁴ Dies nicht einmal so sehr wegen des Befehls in § 1, als vielmehr schon deswegen, weil jedes wirtschaftliche Verhalten ohne einen „Geschäftsbetrieb“ schlechterdings undenkbar ist.

⁸⁵ von Sicherer S. 150. Zugrunde liegen Überlegungen von Schulze-Delitzsch; vgl. Messerschmidt S. 118.

und das Unternehmen über die ersten Anfänge hinaus gewachsen ist, muß schon aus rein äußerlichen Gründen eine gewisse Arbeitsteilung einsetzen; eher oder später ist es keinem Mitglied mehr möglich, an allen Geschäften des Vereins tätig mitzuwirken. Diese Entwicklung ist unumgänglich; sie führt in gerader Linie zu den in jüngerer Zeit häufig besprochenen Erscheinungen der Großgenossenschaft, die den von ihr „entfremdeten“ Genossen als mehr oder weniger selbständiger Vertragspartner gegenübersteht.

Aber nicht nur wegen des Umfangs, sondern auch wegen der steigenden Schwierigkeiten der einzelnen Geschäfte ist das einzelne Mitglied auf die Dauer zu einer sinnvollen Mitwirkung nicht mehr in der Lage. Die Geschäftstätigkeit der ersten Handwerker-genossenschaften war noch recht einfach. Die Vereinigung bewegte sich, etwa beim Materialeinkauf, auf einem allen Mitgliedern aus deren eigener Berufstätigkeit vertrauten Gebiet. Hier war also das Mitglied auf Grund seiner eigenen Erfahrungen tatsächlich in der Lage, helfend mitzuarbeiten. Anders lag es jedoch von vornherein bei den Verbrauchergenossenschaften, namentlich den Konsumvereinen. Deren Mitglieder waren zwar auch in der Lage, ihre täglichen Einkäufe ohne Mithilfe des Vereins zu erledigen; sie waren aber überfordert, wenn von ihnen verlangt wurde, daß sie sich auf dem Markt frei bewegen und die jeweils gebotenen Vorteile des gerade vorliegenden Marktzustandes selbst wahrnehmen sollten. In vielen Fällen werden im Gegenteil die Vorteile des genossenschaftlichen Betriebs dem einzelnen Mitglied erst gerade deswegen zugänglich, weil die Leitung Fähigkeiten und Möglichkeiten besitzt, die der einzelne nicht hat. Man braucht nur an den komplizierten Mechanismus einer modernen Großgenossenschaft zu denken, um nicht mehr näher begründen zu müssen, daß der einzelne überfordert wäre, wenn er an der eigentlichen Geschäftstätigkeit mitwirken sollte. Von einer gewissen Größe ab ist der Sachverständige eben unbedingt erforderlich⁸⁶.

Das übersieht die bekannte Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 6. 11. 1929⁸⁷. Das Gericht lehnte die Eintragung einer von mehreren Firmen gegründeten Buchführungs- und Inkasso-Gesellschaft deswegen ab, weil die eigentliche Prüfungsarbeit nicht vom Vorstand, sondern von Angestellten der Genossenschaft geleistet werden sollte. Wäre diese Ansicht richtig, dann wäre jeder genossenschaftliche Zusammenschluß von Angehörigen eines bestimmten Berufszweiges unmöglich, wenn der genossenschaftliche Betrieb so groß sein muß, daß seine Leitung eine hauptberufliche Kraft verlangt.

Schließlich setzt sich eine Theorie, die gemeinschaftliches Handeln der Mitglieder verlangt, mit dem geltenden Recht selbst in Widerspruch. Die nor-

⁸⁶ Reinhardt, Die Verfassung der Genossenschaft S. 75.

⁸⁷ JFG 7, 218. Kritiken von Citron in Bl.f.GenW. 1930, 316 und Rieß in JW 1930, 1417. Vgl. auch Paulick, . . . Typenbeschränkung S. 97 Anm. 35. Im Ergebnis wird dem Urteil zuzustimmen sein; siehe hierzu unten Anm. 110 und 133.

malen Aufgaben von Verwaltung und Geschäftsführung sind bei juristischen Personen vom Vorstand zu erledigen⁸⁸. Dieser repräsentiert auch nicht etwa die Genossen, sondern die selbständige juristische Person. Die Rechte des einzelnen Genossen zählt das Gesetz erschöpfend auf; darüber hinaus ist es ihm verwehrt, die Geschicke seines Unternehmens selbst in die Hand zu nehmen⁸⁹. Auch die Generalversammlung kann keinen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb ausüben. Zwar ist sie berechtigt, dem Vorstand Weisungen zu erteilen⁹⁰, kann also die Geschäftspolitik durchaus beeinflussen. Trotz dieses Weisungsrechts ist sie aber nicht in der Lage, dem Vorstand seine Kompetenzen als gesetzlicher Vertreter zu entziehen⁹¹. Das Weisungsrecht wirkt also grundsätzlich nur im Innenverhältnis. Der Geschäftsbetrieb als ein „auf die Dauer berechnetes Unternehmen“⁹² aber bezieht sich auf das Außenverhältnis, nämlich den Geschäftsverkehr mit Dritten. Deshalb kann die Generalversammlung den Geschäftsbetrieb zwar über das Weisungsrecht beeinflussen, aber nicht selbst ausüben. Ist ihre Tätigkeit aber kein Geschäftsbetrieb, dann kann sie auch kein gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb sein.

Nun könnte man versuchen, die Annahme, „gemeinschaftlich“ müsse die Mitarbeit der Genossen sein, durch die Einschränkung zu retten, daß es sich hierbei nur um diejenige Mitarbeit der Genossen handeln könne, die diesen durch das Gesetz zugewiesen ist, namentlich also die Rechte in der Hauptversammlung. Auch eine solche Ansicht wäre abzulehnen, und zwar aus mehreren Gründen.

Es gibt Genossenschaften, bei denen den Genossen auch das letzte Recht der Mitwirkung in der Hauptversammlung genommen ist. Man mag den § 43 a für einen „Fremdkörper“ halten und als nicht vereinbar mit dem wirtschaftlichen Genossenschaftsbegriff ansehen⁹³; jedenfalls ist er geltendes Recht. De lege lata kann die Mitwirkung in der Hauptversammlung daher nicht die Ausübung der „gemeinschaftlichen“ Tätigkeit sein. Denn offensichtlich entsprechen auch Genossenschaften, bei denen die Vertreterversammlung eingeführt ist, dem § 1 und haben somit einen gemeinschaftlichen Betrieb.

Dagegen ließe sich vielleicht noch einwenden, daß § 43 a jüngerer Rechts und daher der alten Definition des § 1 gewissermaßen aufgepfropft sei, ohne doch

⁸⁸ §§ 24 ff., namentlich § 27 Abs. 2.

⁸⁹ Waldecker S. 31 und 32.

⁹⁰ Westermann, Rückvergütung S. 19.

⁹¹ Caspers S. 108; Schumacher S. 116/17; Reinhardt, Die Verf. der Gen. S. 64. Diesen Gedanken verkannte v. Sicherer a. a. O. übrigens auch nicht und vertrat den Gedanken des gemeinschaftlichen Abschlusses in voller Schärfe daher auch nur bei nicht eingetragenen Genossenschaften. Sonst unterscheidet sich seine Ansicht gar nicht so wesentlich von der herrschenden Lehre, die es (vgl. Anm. 95) auf den gemeinschaftlichen Betrieb eines Unternehmens abstellt.

⁹² Vgl. oben bei Anm. 81.

⁹³ Paulick, . . . Typenbeschränkung S. 116; Plückebaum S. 21. Vgl. auch Schumacher S. 136/37 und v. Caemmerer S. 188.

dessen Prinzip verändert zu haben. Aber auch dann könnte die Wahrnehmung der Rechte der Hauptversammlung noch nicht als Ausübung eines Geschäftsbetriebs angesehen werden⁹⁴. Sie sind doch nur dessen Voraussetzung (etwa Schaffung der Statuten, Ernennung der anderen Organe), oder sie dienen seiner Überwachung (Entlastung), oder sie sind schließlich seine Folge (Jahresabschluß), nie aber mit ihm identisch. Die Genossen können also den Betrieb eröffnen; sie können ihm während des Bestehens der Genossenschaft die Bahnen anweisen, in denen er sich abzuwickeln hat; sie können schließlich seine Beendigung durchsetzen — ihn selbst ausüben können sie nicht.

Schließlich gilt folgendes: Wenn man die gemeinsame Tätigkeit der Genossen nur in der Erfüllung der Aufgaben sieht, die den anderen Organen kraft Gesetzes entzogen sind, dann wäre es eine überflüssige Zutat des Gesetzes, diese Aufgaben speziell als gemeinschaftlich zu bezeichnen. Denn diese Lage besteht bei jeder juristischen Person, bei der Verwaltung und Anteilseigner nicht identisch sind. Die Hauptversammlung muß ihre Aufgaben erfüllen, mögen diese nun als „gemeinschaftlich“ bezeichnet werden oder nicht. Der Begriff „gemeinschaftlich“ könnte also ebensogut aus § 1 gestrichen werden, da er irgendeine eigene Aussagekraft nicht besäße. Unter „gemeinschaftlich“ muß das Gesetz daher etwas anderes verstehen als die im einzelnen aufgezählten Aufgaben der Generalversammlung.

Aus diesen Überlegungen heraus definiert die wohl als herrschend anzusprechende Lehre den Begriff „gemeinschaftlich“ etwas zurückhaltender und sieht darin nicht so sehr eine gemeinschaftliche Tätigkeit als vielmehr „den gemeinschaftlichen Betrieb eines Geschäfts“⁹⁵. Mitunter klingt hier der Gedanke an, daß der Betrieb gerade dadurch getragen wird, daß die Genossen ihn benutzen, also der Gedanke der Identität von Kunde und Unternehmer. Das wird sogleich noch näher zu besprechen sein. Soweit man aber im gemeinschaftlichen Betrieb nur einen vielleicht etwas mißglückten Ausdruck für ein von der Gesamtheit der Genossen gemeinschaftlich getragenes Unternehmen sieht, setzt sofort wieder die eben schon geschilderte Schwierigkeit ein: Daß die Inhaber es sind, die ihr Unternehmen in irgendeiner Form tragen, ist nichts der Genossenschaft Eigentümliches. Einer besonderen Betonung im Gesetz hätte es nicht bedurft, solange man der Vorschrift mehr Bedeutung als die eines unverbindlichen Programmsatzes zusprechen will.

b) In der Unternehmerstellung des Genossen kann also das Gemeinschaftliche des Betriebes nicht liegen. Wird also mit „gemeinschaftlich“ vielleicht

⁹⁴ So auch Paulick, Lehrbuch S. 60.

⁹⁵ Parisius=Crüger § 1 Anm. 17; Lang=Weidmüller § 1 Anm. 3; Maurer=Birkenbihl § 1 Anm. 10; Henzler, Neugestaltung . . . S. 69; Deumer, Das Recht der eG S. 55; Holthöfer S. 14; Meder S. 21; Merzbacher § 1 Anm. 4. Auch Weippert S. 107 betont die Unternehmerstellung.

seine Kundenstellung beschrieben? Diese Ansicht vertritt Waldecker⁹⁶, der folgerichtig annimmt, daß die Zulässigkeit etwa des Nichtmitgliedergeschäfts nie nach dem Kriterium geprüft werden könne, ob die Mitglieder noch gefördert würden, sondern nur nach dem anderen Kriterium, ob der Betrieb noch „gemeinschaftlich“, das heißt eben auf der Basis des Mitgliedergeschäfts, geführt wird. Ebenso folgerichtig gestattet er das Nichtmitgliedergeschäft nur in ganz ausnahmsweisen Fällen, wenn es sich im Einzelfall als wirklich unumgänglich erweisen sollte.

Diese Ansicht ist, wie heute allgemein anerkannt wird, ebenfalls nicht haltbar. Die Begründungen sind verschieden. So versuchen einige Autoren⁹⁷ eine Widerlegung auf historischem Wege:

Der erste im Preußischen Abgeordnetenhaus eingebrachte Entwurf sprach noch nicht von einem gemeinschaftlichen, sondern von einem genossenschaftlichen Geschäftsbetrieb⁹⁸. Aus sprachlichen Gründen, weil man nämlich die Genossenschaften nicht mit dem Synonym „genossenschaftlich“ definieren wollte, ersetzte der umgearbeitete Entwurf von 1866 das Wort „genossenschaftlich“ durch die Worte „mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs auf dem Wege der Selbsthilfe“⁹⁹. Sachlich war damit das gleiche gemeint.

Daraus folgert Beckers: Aus dem Begriff „gemeinschaftlich“, der mit „genossenschaftlich“ identisch sei, könne ein Schluß über die Zulässigkeit des Rechtsverkehrs mit Außenstehenden nicht gezogen werden. Denn das sei ja gerade erst das zu Beweisende; suche man ein solches Verbot aus dem Wort „genossenschaftlich“ herauszulesen, so nehme man vorweg, was erst zu beweisen wäre.

Diese Begründung überzeugt nicht voll. Richtig ist natürlich, daß die Worte „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“ das Nichtmitgliedergeschäft nur dann verbieten können, wenn ein „genossenschaftlicher Geschäftsbetrieb“ mit dem Nichtmitgliedergeschäft unvereinbar ist. Der weitere Schluß: Was „genossenschaftlich“ sei, müsse erst aus dem Gesetz begründet werden, identifiziert jedoch den Begriff der Genossenschaft überhaupt mit dem der eingetragenen Genossenschaft. Nur der letztere Begriff war bei Erlaß des Gesetzes neu und unausgefüllt. Aus ihm allein kann daher das Verbot des Fremdgeschäfts nicht ohne weiteres abgeleitet werden, da allerdings erst zu beweisen wäre, daß das Nichtmitgliedergeschäft mit der eingetragenen Genossenschaft unvereinbar ist. Der Begriff „Genossenschaft“ überhaupt aber war bei Erlaß des Gesetzes durchaus nicht neu, sondern schon mit mancherlei

⁹⁶ S. 32. In stark abgeschwächter Form Glaß S. 61. Ähnlich Bästlein S. 17.

⁹⁷ Beckers S. 10, 11; Westermann, Das rechtliche Wesen S. 90; Paulick, Gedanken zur Reform . . . S. 26.

⁹⁸ Parisius-Crüger, Einleitung III S. 13/14.

⁹⁹ Die Worte „auf dem Wege der Selbsthilfe“ wurden später als, wie man annahm, überflüssig wieder gestrichen, v. Sicherer S. 153.

Vorstellungen verbunden. Und dieser Begriff dürfte es wohl sein, den die erste Entwurfsfassung gemeint hat. Vom Standpunkt Beckers' aus wäre also zu prüfen gewesen, ob ein auf genossenschaftlicher Grundlage aufgebauter Geschäftsbetrieb das Nichtmitgliedergeschäft ausschließt — diese Frage wird nicht mehr so leicht zu verneinen sein —; der Schluß, es könne nicht gesagt werden, was ein genossenschaftlicher Betrieb sei, weil in bezug auf die eingetragene Genossenschaft noch bewiesen werden müsse, was für Geschäfte sie abschließen dürfe, erscheint nicht haltbar.

Trotzdem ist der Ansicht, daß unter „gemeinschaftlichem Geschäftsbetrieb“ nicht nur mit Genossen abzuschließende Geschäfte gemeint sind, zuzustimmen; die Begründung läßt sich unmittelbar aus dem Gesetz ableiten.

Die Gegenmeinung würde, wie gesagt, zur Folge haben, daß jedes Nichtmitgliedergeschäft ex definitione verboten wäre. Das Gegenteil ergibt sich aus § 8 Abs. 1 Nr. 5¹⁰⁰. Es kann hier noch offen bleiben, bis zu welchem Umfang diese Vorschrift das Fremdgeschäft zuläßt¹⁰¹; wenn es überhaupt gestattet ist, über den Rahmen des Allernotwendigsten hinaus Geschäfte mit Dritten abzuschließen, dann kann der Begriff „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“ nicht bedeuten, daß die eingetragene Genossenschaft de lege lata nur mit Genossen kontrahieren dürfe¹⁰². Denn durch die Zulassung des Nichtmitgliedergeschäfts gibt das Gesetz zu erkennen, daß die Aufnahme dieses Geschäfts dem § 1 entsprechen kann und mithin einen Wegfall des gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs nicht zur Folge haben kann.

Der schlagendste Beweis gegen Waldeckers These dürfte jedoch § 1 Ziffer 4 sein. Eine Produktivgenossenschaft kann mit ihren Mitgliedern nur in ganz geringem Umfang Zweckgeschäfte abschließen. Sie wendet sich im Geschäftsverkehr fast ausschließlich an Nichtgenossen, denen das gemeinsame Produkt überlassen wird. Es ist zuzugeben, daß die Produktivgenossenschaft in mehr als einem Punkt von dem Schema der übrigen Genossenschaften abweicht, und wir werden uns mit ihr deswegen noch mehrmals beschäftigen müssen¹⁰³; festzustellen bleibt jedoch, daß das Gesetz sie allen anderen Genossenschaften gleichberechtigt an die Seite stellt und also davon ausgeht, daß sie einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb habe. Eine Auslegung des § 1, die aber auch nur bei einer Genossenschaft nicht zu einem vernünftigen Ergebnis führt, kann jedoch nicht richtig sein¹⁰⁴.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß „gemeinsam“ weder die Tätigkeit

¹⁰⁰ sowie schon aus dem Deklarationsgesetz vom 18. 5. 1871, RGBl. S. 101; vgl. auch § 8 Abs. 2 und den (inzwischen fortgefallenen) § 8 Abs. 4.

¹⁰¹ Vgl. unten 3. Abschnitt B II 3 (ab Anm. 281).

¹⁰² Das wird auch von scharfen Gegnern des Nichtmitgliedergeschäfts anerkannt; vgl. Paulick, . . . Typenbeschränkung S. 130.

¹⁰³ Vgl. unten vor Anm. 106, bei Anm. 138, nach Anm. 189, Anm. 285 und bei Anm. 318.

¹⁰⁴ Westermann, Neugestaltung . . . S. 87.

der Unternehmer-Genossen noch das Hinwenden an die Kunden-Genossen ist. Was bleibt übrig?

c) Neuerdings wird häufig die Ansicht vertreten, daß hierin das Prinzip der Identität von Kunden und Unternehmer zu erblicken sei¹⁰⁵. Dieses dem wirtschaftlichen Genossenschaftsbegriff entnommene Prinzip bringt zum Ausdruck, daß sämtliche Genossen eine Doppelstellung innehaben: Sie sind sowohl die Träger des Unternehmens, also die verantwortlichen und mitwirkenden Inhaber, als auch die Kunden des Unternehmens, also diejenigen, mit denen die Geschäfte abgeschlossen werden.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, daß es sich hier im Grunde nur um eine Kombination der beiden soeben abgelehnten Theorien handelt. Es soll nicht verkannt werden, daß es ein durchaus zutreffendes und wesentliches Merkmal der normalen Genossenschaft ist, daß diese durch ihre Mitglieder in doppelter Funktion getragen wird; daß sich dieses Merkmal jedoch auch aus dem Begriff „gemeinschaftlich“ ableiten ließe, muß indes bestritten werden. Wenn „gemeinschaftlich“ weder die Trägereigenschaft noch die Kundeneigenschaft des Genossen beschreiben will, dann kann es auch nicht eine Kombination aus diesen beiden Eigenschaften meinen. Es braucht auch hier wieder nur auf die soeben erwähnte Produktivgenossenschaft hingewiesen zu werden. Bei dieser ist der Genosse nicht Träger und Kunde zugleich, sondern nur Träger. Auf sie trifft also diese Auslegung nicht zu, was wiederum zur Folge haben muß, das „gemeinschaftlich“ auch bei den übrigen Genossenschaften nicht die Identität von Kunden und Unternehmer bedeuten kann.

d) Wenn also „gemeinschaftlich“ weder die Unternehmerfunktion noch die Kundenfunktion ist, dann liegt der Gedanke nahe, daß das Wort überhaupt überflüssig ist. Dieser Gedanke klingt in der Literatur in der Tat mitunter vorsichtig an¹⁰⁶; für ihn scheint sogar die oben¹⁰⁷ erwähnte Entstehungsgeschichte zu sprechen, wonach „gemeinschaftlich“ mit „genossenschaftlich“ identisch ist: Daß eine Genossenschaft auf genossenschaftlicher Grundlage arbeiten soll, ist eine Erkenntnis, die das Gesetz nicht erst zu verkünden brauchte. Hinzu kommt, daß das Gesetz die Zweifel, was denn nun im einzelnen unter dieser genossenschaftlichen Grundlage zu verstehen ist, durchaus nicht klärt.

¹⁰⁵ Westermann a. a. O. S. 91; Paulick, Lehrbuch S. 9; von Gierke in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Berlin und Leipzig 1927, Bd. II S. 707; Lehmann, Handelsrecht II, Berlin 1949, S. 262; Institut für Genossenschaftswesen S. 23; Ahle S. 32; Bästlein S. 14; Coulon S. 21; Möllers S. 11.

¹⁰⁶ Nach Waldecker S. 32 handelt es sich mehr um eine historische Reminiszenz als um ein juristisches Kriterium. Vgl. auch Messerschmidt S. 113.

¹⁰⁷ bei Anm. 98.

Sollte nun das Wort „gemeinschaftlich“ wirklich überflüssig sein, dann müßte es auch aus der Definition des § 1 herausgenommen werden können, ohne daß dessen Sinngehalt dadurch verändert würde. § 1 müßte dann wie folgt lauten können:

Gesellschaften . . . , die die Förderung des Erwerbs . . . ihrer Mitglieder mittels eines Geschäftsbetriebs bezwecken . . .

Da nun nach ganz allgemeiner Ansicht der Geschäftsbetrieb nichts anderes ist als die notwendigen tatsächlichen Voraussetzungen zum Funktionieren der Genossenschaft¹⁰⁸, und da es somit überflüssig wäre, ein Begriffsmerkmal im Gesetz zu verankern, das zwangsläufig vorhanden sein muß, wenn eine selbst handelnde juristische Person entstehen soll, müßte § 1 noch kürzer gefaßt werden können, ohne seinen Sinn zu verändern, etwa so:

Personenvereinigungen . . . , die die Förderung der Eigenwirtschaften ihrer Mitglieder bezwecken . . .

Dafür, daß eine solche Änderung des Textes ohne Änderung des Sinnes möglich wäre, spricht allerdings in starkem Maße die Rechtsprechung. Fälle, in denen das Fehlen eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs bemängelt worden ist, sind recht selten¹⁰⁹. Es darf angenommen werden, daß keine dieser Entscheidungen anders ausgefallen wäre, wenn dem Gericht nicht das Definitionsmerkmal „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“ zur Verfügung gestanden hätte. Denn immer mangelte es schon an der „unmittelbaren“ Förderung der Mitglieder¹¹⁰. Trotzdem wäre eine solche Annahme nicht haltbar, denn § 1 würde seinen Inhalt bei Fortlassen des Begriffes „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“ doch ändern:

Die eingetragene Genossenschaft ist ein Wirtschaftsverein im Sinne des § 22 BGB¹¹¹. Ein und derselbe Verein kann nun nicht gleichzeitig Idealverein (§ 21) und Wirtschaftsverein (§ 22) sein¹¹². Mithin kann eine Vereinigung, die Rechtsfähigkeit nach dem Genossenschaftsgesetz erlangen könnte, nicht nach § 21 BGB durch Eintragung in das Vereinsregister gegründet werden. Nun gibt es aber Vereine, die ganz oder fast ausschließlich die wirtschaftliche Lage ihrer Mitglieder zu bessern suchen, bei denen aber nie Bedenken bestanden haben, sie als Idealvereine einzutragen¹¹³. Hier sind namentlich die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände zu erwähnen; auch Kartelle¹¹⁴ ge-

¹⁰⁸ Vgl. oben bei Anm. 81.

¹⁰⁹ Vgl. die Zusammenstellung von Anm. 131 an.

¹¹⁰ Dies gilt auch von der in Anm. 87 erwähnten Entscheidung JFG 7, 218. Dort kam es weniger auf die Prüfung der Mitgliederwirtschaften als auf die Förderung der Prüferwirtschaften an.

¹¹¹ ganz eindeutig. Vgl. RGZ 154, 343; Palandt=Danckelmann § 22 Anm. 1.

¹¹² So schon die Reichstagskommission (Drucks. und sten. Berichte des Reichstags, 9. Leg.=Per., 4. Session 1895/96, Drucksachen 440 ff., S. 13.

¹¹³ Vgl. Staudinger-Coing § 21 Anm. 19; RGR-Kommentar § 21 Anm. 4.

¹¹⁴ von denen Parisius=Crüger § 1 Anm. 31a und Meyer=Meulenbergh § 1 Anm. 3 allerdings meinen, daß sie evtl. als eG gegründet werden dürften. AA RGZ 95, 91 (Gründung als eV).

hören in diesen Zusammenhang. Daß solche Vereine die wirtschaftliche Förderung ihrer Mitglieder bezwecken, bedarf keiner näheren Begründung. Diese Förderung ist auch unmittelbar, denn ein Arbeiter oder Angestellter kann in seinem Berufsleben kaum direkter unterstützt werden als durch die Verbesserung seiner Lohn- oder Gehaltsansprüche, zumal dies in Verträgen geschieht, die unmittelbar mit Wirkung für und gegen ihn ausgestattet sind.

Wenn solche Vereinigungen dennoch nicht als Genossenschaften gegründet werden können, dann kann das also nur an dem zweiten Begriffsmerkmal, dem gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb, liegen. Im Normalfall wird in der Tat eine Gewerkschaft oder ein Kartell keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb aufweisen; damit entfällt die Eintragbarkeit nach § 1. Es ist aber durchaus vorstellbar, daß im Einzelfall ein Kartell zur Durchführung seiner Aufgaben einen Geschäftsbetrieb benötigt, der so vielzweigig ist, daß er sich vom Geschäftsbetrieb eines Handelsunternehmens kaum noch unterscheidet: Dann ist die Gründung als eingetragener Verein wegen dieses Geschäftsbetriebs nicht mehr möglich¹¹⁵; zu einer Genossenschaft wäre dieses Kartell aber trotz des wirtschaftlichen Betriebs offensichtlich noch nicht geworden. Das kann aber – geht man von den Definitionsmerkmalen des § 1 aus – weder an der Förderung noch am Geschäftsbetrieb, sondern nur an der fehlenden Gemeinschaftlichkeit liegen. Überflüssig kann also das Merkmal „gemeinschaftlich“ doch nicht sein. Wie läßt es sich aber exakt fassen, wenn damit weder das gemeinsame Tragen noch das gemeinsame Nutzen gemeint sein kann?

e) Messerschmidt¹¹⁶ meint, die Begriffe „gemeinschaftlich“ und „Geschäftsbetrieb“ könnten miteinander kaum verknüpft werden, da sie auf zwei verschiedenen Ebenen lägen. Gemeinschaftlich sei der Zusammenschluß der Genossen, allenfalls noch das Besondere der Kundenbeziehungen zur Vereinigung; der Betrieb selbst als etwas Selbständiges, als die Handlungsweise der juristischen Person, könne schlechterdings nicht gemeinschaftlich sein.

Hiergegen werden die schon erörterten Argumente vorzutragen sein. Ein äußerer Unterschied zwischen dem Geschäftsbetrieb einer modernen Großgenossenschaft und dem einer Aktiengesellschaft des gleichen Geschäftszweigs ist ohnehin nicht einfach zu erkennen¹¹⁷. Leugnet man nun auch noch, daß der Betrieb der Genossenschaft wenigstens gemeinschaftlich sein müsse, dann verringert man diesen Unterschied noch mehr. Um das Eigentümliche der Genossenschaft überhaupt noch herausarbeiten zu können, bleibt dann nichts anderes übrig, als um so stärker auf den Förderungs-

¹¹⁵ Vgl. unten im 2. Abschnitt, namentlich von Anm. 170 an.

¹¹⁶ S. 119.

¹¹⁷ Das ist übrigens nichts Neues und wird von Crüger, Der heutige Stand . . . S. 9 schon im Jahre 1898 konstatiert.

begriff zurückzugreifen; dieser aber in seiner Uferlosigkeit bedarf seinerseits dringend eines Regulativs: Das ist der Hilfsbegriff der Unmittelbarkeit¹¹⁸, und dieser wiederum läßt sich ohne Rückgriff auf das Wort „gemeinschaftlich“ nicht einleuchtend begründen¹¹⁹. Denn andernfalls, wenn man es nur auf die Zwecksetzung abstellt, wird ein subjektives Moment in die Auslegung hineingetragen, das der Erkenntnis nicht dienlich ist. Wegen der starken Verknüpfung des Hilfsbegriffs mit dem Zweck muß dann nämlich bei Prüfung der Gesetzmäßigkeit einer um Eintragung nachsuchenden Genossenschaft gefragt werden: Beabsichtigt diese Genossenschaft, ihre Mitglieder unmittelbar zu fördern? Diese subjektive Art der Fragestellung hat letztlich zur Folge, daß ein um Rechtsfähigkeit nachsuchender Sparverein zum Genossenschaftsregister angemeldet werden muß, wenn er die Einlagen seiner Mitglieder möglichst günstig verzinsen will, zum Vereinsregister dagegen, wenn er den Sparwillen seiner Mitglieder fördern will¹²⁰. Damit aber ist jede deutliche Abgrenzung der Genossenschaft vom bürgerlich-rechtlichen Verein, der seinen Mitgliedern unter Umständen ja auch materielle Vorteile verschaffen darf, endgültig verwischt. Um hier Klarheit zu erlangen, bedarf es also offensichtlich eines objektiven Definitionsmerkmals, und dieses Merkmal kann nach Lage der Dinge nur der gemeinschaftliche Betrieb sein.

II. Eigene Definition

Trotzdem wurde hier schon deutlich, wo der Ansatzpunkt für eine Lösung zu suchen ist, die allen Fällen gerecht werden kann. Denn Messerschmidt ist zuzustimmen, wenn er meint, daß die Art des Betriebs, der ja von der selbständigen Genossenschaft, nicht von den Genossen geführt wird, nicht durch eine bestimmte Verhaltensweise der Genossen beschrieben werden kann. Genau das versuchen aber die oben beschriebenen Theorien. Sie alle beziehen das Wort „gemeinschaftlich“ nicht auf den Geschäftsbetrieb selbst, sondern sehen darin stets die Beschreibung einer bestimmten Verhaltensweise der Mitglieder. Diese sind es, die etwas Gemeinsames tun sollen, sei es gemeinsam Unternehmer sein, sei es gemeinsam Kunde sein, sei es schließlich gemeinsam Kunde und Unternehmer sein. In dem Wort „gemein-

¹¹⁸ Vgl. oben Anm. 75.

¹¹⁹ Die herrschende Lehre leitet diesen Hilfsbegriff aus dem Förderungsmerkmal ab; das Kammergericht, das diesen Hilfsbegriff wohl erstmalig angewendet hat, bezieht sich jedoch zu Recht auch auf das andere Merkmal „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“, wenn es sagt, der Betrieb als solcher müsse den Genossen die erstrebten Vorteile verschaffen, da anderenfalls der durch das Wort „mittels“ geforderte innere Zusammenhang zwischen den beiden Merkmalen verlöre. Vgl. oben bei Anm. 76.

¹²⁰ LG Stuttgart in BB 1952, 702. Das Gericht könnte sich allerdings etwa auf § 2 der DVO zum Rabattgesetz (RGBl. 1934 I 120) berufen; danach können Rabattsparvereine sowohl Vereine nach § 21 BGB als auch solche nach § 22 BGB als schließlich auch Genossenschaften sein.

schaftlich“ wird also im allgemeinen eine Beschreibung der Mitgliederfunktionen gesehen, nicht, wie der Gesetzestext es an sich näher legen möchte, eine Beschreibung der Funktionen des Betriebs selbst. Bezeichnenderweise spricht das Gesetz aber nicht von einem gemeinschaftlich getragenen oder einem gemeinschaftlich benutzten, sondern schlicht von einem gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb. Wir müssen also eine Beschreibung der Betriebsfunktionen, nicht der Mitgliederfunktionen suchen, in der etwas Gemeinschaftliches enthalten ist. Und das ist allein der Gedanke der Funktionsübertragung: Die Genossenschaft übt nur solche Funktionen aus, die ohne ihr Dazwischentreten die Mitglieder selbst wahrnehmen müßten.

1. Der Geschäftsbetrieb

Bevor dies näher ausgeführt wird, erscheint es jedoch erforderlich, noch einmal auf die an sich unbestrittene Tatsache hinzuweisen, daß der gemeinschaftliche Betrieb in erster Linie ein wirtschaftlicher, wirtschaftender Betrieb ist. Denn das wird mitunter übersehen. Dem Begriff Betrieb muß wesentlich größere Bedeutung zugemessen werden, als dies gewöhnlich geschieht. Der Geschäftsbetrieb ist ein auf Dauer angelegtes Unternehmen¹²¹. Die Betonung liegt hierbei auf dem Wort „Unternehmen“. Das Gesetz wollte wirtschaftenden Vereinigungen, für die die Formen der Handelsgesellschaften wegen der starren Kapitalbestimmungen nicht geeignet waren, eine Möglichkeit geben, rechtsfähig zu werden, ohne doch das an sich notwendige Mindestkapital aufbringen zu müssen. Die wegen des Fehlens von festen Eigenmitteln verringerten Sicherheiten, die eine solche Vereinigung ihren Gläubigern bieten kann, werden durch die Mithaftung der Genossen ausgeglichen. In allen anderen Punkten aber wurde die Genossenschaft weitgehend den gleichen Sicherungs- und Funktionsaufteilungsvorschriften wie die Aktiengesellschaft unterworfen¹²². Die entsprechenden Vorschriften wurden im Laufe der Zeit sogar noch verschärft¹²³. Das geschah offensichtlich nicht wegen des wirtschaftlichen Zwecks der Genossenschaft, sondern wegen der wirtschaftlichen Tätigkeit. Auf diese muß es daher entscheidend ankommen; denn sie allein rechtfertigt die weitgehende Anlehnung des Genossenschaftsrechts an das Recht der Kapitalgesellschaften: Der Förderungszweck allein hätte nicht zu so ausgefeilten Bestimmungen über die Unkündbarkeit des Kapitals¹²⁴, die Prüfung¹²⁵, die Buchführung¹²⁶ usw. Anlaß ge-

¹²¹ Vgl. oben Anm. 81.

¹²² 3 Organe mit genauer Zuständigkeitsabgrenzung, Buchführung, Reservenbildung, Konkursbestimmungen etc.

¹²³ Etwa §§ 33 a ff. und 53 a ff.

¹²⁴ mit Ausnahme des Geschäftsguthabens, d. h. des Nominalbetrags der Beteiligung; vgl. § 73 Abs. 2 Satz 2.

¹²⁵ § 53 ff.

¹²⁶ §§ 33 ff.

ben müssen, alles Bestimmungen, die das Recht des Idealvereins entbehren kann, obwohl auch nach diesem Recht Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung gegründet werden können¹²⁷. Umgekehrt finden die genannten Bestimmungen, namentlich auch die über die Haftpflicht des Mitglieds, ihre Berechtigung nur dann, wenn ein wirtschaftlicher Betrieb vorliegt¹²⁸. Der Geschäftsbetrieb einer eingetragenen Genossenschaft ist daher notwendig ein wirtschaftender Betrieb. Der isoliert betrachtete Betrieb einer eG kann daher im Prinzip gar nicht anders aussehen als der Betrieb einer Handelsgesellschaft¹²⁹; Kritiken, die im Bestehen eines solchen Betriebs schon eine Entartung sehen, gehen daher schon aus diesem Grunde am Kern der Sache vorbei¹³⁰: Der Unterschied zwischen Handelsgesellschaft und Genossenschaft liegt nicht im Geschäftsbetrieb, sondern in den anderen Merkmalen des § 1. Wird diese weder neue noch tiefe Erkenntnis konsequent angewandt, dann ergeben sich interessante Folgerungen:

Bei jeder Anmeldung zum Genossenschaftsregister ist die Frage, ob zur Erreichung des statutarischen Zwecks der Betrieb eines Wirtschaftsunternehmens erforderlich sein wird, völlig unabhängig von der anderen Frage zu beantworten, ob ein wirtschaftlicher Zweck vorliegt. Nur wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, darf die Eintragung erfolgen. Der Registerrichter muß also untersuchen, ob das angemeldete Unternehmen wie ein Kaufmann handeln muß, wenn es seine Aufgaben ordnungsgemäß erfüllen will. Das ist nur dann der Fall, wenn die Vereinigung voraussichtlich Aufgaben zu erfüllen haben wird, die in so starkem Maße in den Rechtsverkehr mit der Außenwelt eingreifen, daß es aus diesem Grund erforderlich erscheint, die strengen Anforderungen kaufmännischer Buchführung und kaufmännischer Prüfungspflichten anzuordnen, und wenn die geplante Tätigkeit die Bereitstellung von haftenden Eigenmitteln — die im Spezialfall der eG, jedenfalls bei der Gründung, allerdings weitgehend durch die Haftung der Mitglieder ersetzt werden — notwendig erscheinen läßt.

Bereits mit dieser einfachen These lassen sich die meisten Fälle, in denen die Rechtsprechung wegen der weiten Ausdehnung des Förderungsbegriffs zu zweifelhaften Ergebnissen gekommen ist oder zu zweifelhaften Begründungen greifen mußte, zufriedenstellend lösen.

Ein Sparverein zum Beispiel kann grundsätzlich nie als Genossenschaft ein-

¹²⁷ Vgl. unten im zweiten Abschnitt Ziffer 2.

¹²⁸ Vgl. unten bei Anm. 267.

¹²⁹ Bekanntlich hielt zum Beispiel Schulze-Delitzsch die eG überhaupt nur für eine Art Vorstufe zur AG; er rechnete sogar damit, daß die Genossenschaften sich nach Erlangung genügender Eigenmittel in Aktiengesellschaften umwandeln würden (vgl. Goldschmidt in ZHR 27, 78; Waldecker S. 20; ders. in ZHR 77, 358; Hallermann S. 415/16; Rieß S. 10; v. Caemmerer S. 172; Baur S. 3; Messerschmidt S. 78). Überhaupt stellte er die Genossenschaften den sonstigen Personenvereinigungen des Handelsrechts gleich und setzte sie in Gegensatz zu den (heutigen) Idealvereinen. Vgl. unten bei Anm. 161.

¹³⁰ Vgl. unten Anm. 332.

getragen werden, auch wenn er wirtschaftliche Zwecke verfolgen sollte. Anders kann erst dann entschieden werden, wenn er so viele Mitglieder hat und somit so viele Einzahlungen entgegennehmen muß, daß er selbst allmählich den Charakter eines Bankbetriebs annimmt. Dann allerdings — das ist jedoch kaum vorstellbar — können die vom LG Stuttgart¹³¹ angestellten Überlegungen zum Zuge kommen. Denn auch wenn ein wirtschaftlicher Betrieb gegeben ist, kann die Eintragung doch nur dann erfolgen, wenn die Mitglieder wirtschaftlich gefördert werden sollen. Wenn — wie meist beim Sparverein — nur auf den gemeinsamen Sommerausflug oder das große Weihnachtessen gespart wird, dann kann die Vereinigung selbst dann nicht als Genossenschaft eingetragen werden, wenn ihr Geschäftsbetrieb erhebliche Ausmaße angenommen hat.

Der Geschäftsbetrieb einer Vereinigung, die ihren Mitgliedern verbilligte Badegelegenheit in einer bereits vorhandenen Badeanstalt verschaffen will¹³², beschränkt sich, soweit er die Außenwelt berührt, im wesentlichen auf die Erhaltung und Verwaltung des Vermögens. Das ist eine Tätigkeit, die jeder mann, auch jeder Verein, ausüben muß. Eine Gründung als eingetragene Genossenschaft wäre daher unzulässig. Anders kann es liegen, wenn die Genossenschaft erst ins Leben gerufen werden soll, um den Bau der Badeanstalt zu ermöglichen. Hier können in der Durchführung des Baues mit all den erforderlichen Nebenarbeiten, wie Mittelbeschaffung, Kapitaldienst etc., so erhebliche wirtschaftliche Anforderungen liegen, daß zugunsten der Gläubiger und auch der Mitglieder dieser Vereinigung ihre Unterwerfung unter die Schutzvorschriften des Handelsrechts erforderlich erscheint; diese Vereinigung hat die gleichen Funktionen wie jede andere Baugenossenschaft.

Auch der schon mehrfach erwähnte Fall der Buchprüfungs- und Inkassogesellschaft¹³³ kann leicht entschieden werden, und zwar im Sinne des Gerichts, wenn auch mit wesentlich anderer Begründung: Eine Gesellschaft, die die Bücher ihrer Gesellschafter prüfen soll, kommt im Rechtsverkehr mit der Außenwelt so wenig in Berührung, daß hierfür die Errichtung einer besonderen wirtschaftlichen Organisation nicht notwendig erscheint. Diese Gesellschaft kann wohl als AG und GmbH gegründet werden, da das Aktiengesetz Beschränkungen weder in Hinblick auf den Geschäftsbetrieb noch in Hinblick auf den Geschäftszweck kennt; die Gründung als eingetragene Genossenschaft ist nicht zulässig. Zum Beweis diene § 63 b. Nach dieser Vorschrift sollen die Prüfungsverbände der Genossenschaft eingetragene Vereine sein. Eingetragener Verein und eingetragene Genossenschaft sind jedoch Rechtsformen, die sich gegenseitig zwangsläufig ausschließen, da die Genos-

¹³¹ Vgl. oben Anm. 120.

¹³² Obergericht Danzig in Bl.f.GenW. 1927, 724 mit Anm. Citron in Bl.f.GenW. 1929, 234. S. auch RGZ 133, 170 (gegen KG JfG 6, 222); gerade diese Entscheidungen zeigen sehr anschaulich, ein wie unglückliches und ungeeignetes Definitionsmerkmal der Zweck ist.

¹³³ Bay ObLG JfG 7, 218; vgl. oben Anm. 87 und 110.

senschaft ein Verein im Sinne des § 22 BGB, also kein eingetragener, sondern ein wirtschaftlicher Verein, ist¹³⁴. Ebenso muß entschieden werden, wenn der Gesellschaft auch das Inkassogeschäft anvertraut werden soll. Damit wird ein zwar engerer, auch wirtschaftlicher Kontakt mit der Außenwelt hergestellt. Dieser Kontakt wird aber voraussichtlich keine so großen Pflichten der Gesellschaft Dritten gegenüber erzeugen können, daß die Gesellschaft deswegen den strengeren Haftungsvorschriften für juristische wirtschaftende Personen unterstellt werden müßte: Es liegt immer noch kein Geschäftsbetrieb im Sinne des § 1 vor. Andernfalls wäre es kein weiter Weg mehr bis zur Anerkennung einer Anwaltssozietät als offene Handelsgesellschaft.

Aus dem gleichen Grunde wird schließlich eine Vereinigung, die Grundstücke erwerben und an ihre Mitglieder veräußern will und dabei die Unkosten von ihren Mitgliedern decken läßt, im allgemeinen nicht als Genossenschaft errichtet werden können, da sie unter gewöhnlichen Umständen einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht benötigen wird. Man braucht also im Normalfall nicht mit dem OLG Hamburg¹³⁵ auf den etwas zweifelhaften Ausweg zu verfallen, die Förderung seiner Mitglieder zu verneinen (wieso wird ein Kaufmann, dem ein besonders günstiges Geschäftsgrundstück angeboten wird, nicht gefördert?), sondern kann sich mit der viel einfacheren und auch einfacher festzustellenden Tatsache begnügen, daß ein wirtschaftender Betrieb voraussichtlich nicht erforderlich sein werde.

Der Betrieb muß also nicht nur wirtschaftlich sein, d. h. irgendwie mit dem Wirtschaftsleben in Zusammenhang stehen, sondern er muß selbst wirtschaftend sein, also aktiv in das Wirtschaftsleben eingreifen.

2. Die Gemeinschaftlichkeit

Dieser wirtschaftende Betrieb nun soll gemeinschaftlich sein. Wie schon erwähnt, ist hierin das Prinzip der Funktionsübernahme zu sehen. Dieser Gedanke verdeutlicht sich, wenn man zusammenfaßt, was in einer Genossenschaft gemeinschaftlich sein kann. Diese Gemeinschaftlichkeit ist in mehrfacher Hinsicht gegeben: Gemeinsam ist das Ziel, etwa der verbilligte Einkauf von Rohstoffen; gemeinsam ist die Tätigkeit, jedenfalls zu Beginn einer Genossenschaft, wenn die Genossen zwangsläufig noch stärker engagiert sind; gemeinsam ist aber noch ein Drittes: Die Genossen vereinigen sich nur zur Durchführung solcher Betätigungen, die jeder von ihnen, wenn er den durch sein Berufs- oder Wirtschaftsleben an ihn gestellten Anforderungen genügen wollte, selbst vornehmen müßte, nähme sie ihm nicht die Genossenschaft ab. Die Genossenschaft vollzieht also Aufgaben, deren Ursprung in dem Wirtschaftsleben der Mitglieder liegt. Das ist das sogenannte Prin-

¹³⁴ Vgl. Anm. 111.

¹³⁵ OLGE 32, 122.

zip der Funktionsübernahme oder Funktionsausgliederung: Die Genossenschaft ist gewissermaßen der „verlängerte Arm“ ihrer Mitglieder¹³⁶.

Von diesen drei verschiedenen gemeinschaftlichen Tätigkeiten kann das Gesetz die erste nicht meinen, da es von einem gemeinschaftlichen Betrieb, nicht von einem gemeinschaftlichen Ziel spricht. Die zweite kann es nicht meinen, weil sie zu der Tatsache, daß die Genossenschaft eine juristische Person ist, in Widerspruch steht. Übrig bleibt nur die dritte Möglichkeit, die auch vom Wortlaut her gesehen die befriedigendste Lösung ist, da sie allein eine nähere Beschreibung des Geschäftsbetriebs gibt, von dem das Gesetz verlangt, daß er gemeinschaftlich sein muß, und nicht eine Beschreibung des Mitgliederverhaltens, das nach dem Gesetzeswortlaut gerade nicht gemeinschaftlich sein muß.

Mit „gemeinschaftlich“ ist somit nicht eine bestimmte Verhaltensweise der Mitglieder gemeint, sondern eine funktionale Beschreibung des Betriebs selbst. Nur ein solcher Betrieb ist gemeinschaftlich, der Aufgaben wahrnimmt, die primär Aufgaben der Mitgliederwirtschaften und als solche allen Mitgliedern gemeinsam sind, Aufgaben also, die aus den Mitgliederwirtschaften gewissermaßen „ausgeklammert“ sind und die von den Mitgliedern wieder selbst vorgenommen werden müßten, wenn die Tätigkeit der Genossenschaft auf diesem Gebiet eingestellt werden würde¹³⁷.

Mit dieser Auslegung läßt sich sogar bei der Produktivgenossenschaft, die so schwer in das normale Schema der Genossenschaft einzupassen ist¹³⁸, ohne Schwierigkeiten arbeiten. Man muß sich nur klarmachen, daß von den Mitgliedern nicht verlangt wird, die Tätigkeit, die ihnen die Genossenschaft abnimmt, tatsächlich vorher auch selbst ausgeübt zu haben. Es muß genügen, wenn sie sie selbst ausüben hätten, sofern die Genossenschaft nicht für sie einspränge. Diese Annahme ist auch bei der Produktivgenossenschaft bedenkenfrei. Mit dem Fortfall der Genossenschaft entfielen der Beruf der Genossen, die ja bei der Genossenschaft beschäftigt sind¹³⁹; diese müßten sich also nach einer neuen Arbeitsstätte umsehen. Es ist also nicht erforderlich, daß die Tätigkeit der Genossenschaft stets und immer von einer Art ist, die die Mitglieder effektiv allein durchführen könnten¹⁴⁰. Denn gerade dazu wird die Genossenschaft ja gegründet, daß mit ihrer größeren Durchschlagskraft das erreicht wird, was das einzelne Mitglied allein nicht erreichen könnte. Zu fordern bleibt natürlich, daß das Handeln der Genossenschaft

¹³⁶ Paulick, . . . Typenbeschränkung S. 100; Institut für Genossenschaftswesen S. 1; Plückebaum S. 5; Messerschmidt S. 111; Schmidt S. 43. Es ist dies der gleiche Gedanke, aus dem heraus die Rechtsprechung das Postulat der unmittelbaren Förderung abgeleitet hat.

¹³⁷ Gabriel, Zur Reform des Gen.rechts S. 5 m. w. N.; ders., Grundfragen . . . S. 281 ff., 295; Henzler, Genossenschaftswesen S. 28.

¹³⁸ Vgl. oben Anm. 103.

¹³⁹ Vgl. Paulick, Lehrbuch S. 73.

¹⁴⁰ Reinhardt, Gen. Zusammenschlüsse S. 251.

mit den ursprünglichen Mitgliederfunktionen in Zusammenhang bleibt. Deshalb ist die (die Konkurrenz der Mitglieder fördernde) Belieferung von Außenstehenden durch eine Handwerkereinkaufsgenossenschaft keine „gemeinschaftliche“ Verhaltensweise, weil die Mitgliederwirtschaften nie dergleichen Geschäfte durchführen würden. Verfehlt wäre jedoch die Forderung, daß eine Konsumgenossenschaft die von ihr vertriebenen Waren nicht selbst herstellen dürfe, weil dies die Genossen auch nicht täten¹⁴¹. Denn das liegt nicht daran, daß dem einzelnen Mitglied solche Tätigkeit „wesensfremd“ wäre, sondern eher daran, daß ihm die Hilfsmittel fehlen, und gerade diese Hilfsmittel soll ja die Genossenschaft beschaffen. „Gemeinschaftlich“ ist also jede Verhaltensweise, die das Mitglied ohne das Dazwischentreten des genossenschaftlichen Betriebs selbst ausführen müßte oder gegebenenfalls doch ausführen würde, wenn es dazu technisch in der Lage wäre.

Eine solche Funktionsausgliederung mag in ihrer idealen Ausprägung nur dann vorliegen, wenn die Mitgliederwirtschaften den gemeinschaftlichen Betrieb tatsächlich jedesmal in Anspruch nehmen¹⁴²; rechtlich ist das nicht erforderlich: Die Genossenschaft erhält ihre Legitimation schon durch die Bereitschaft, Mitgliederfunktionen zu übernehmen, nicht erst durch die eigentliche Übernahme, die jeweils einen entsprechenden Entschluß des Mitglieds voraussetzt.

Die hier vertretene Auffassung löst auch die übrigen oben aufgezeigten Unstimmigkeiten vollständig. So erweist sich der Hilfsbegriff der „unmittelbaren Förderung“¹⁴³, der ja dem Gesetz nicht unmittelbar entnommen werden kann, als entbehrlich: Eine Dividendengenossenschaft nimmt nie Tätigkeiten wahr, die der Wirtschaftsführung ihrer Mitglieder entnommen sind.

Es bedarf ebenfalls keines Versuches mehr, den grenzenlosen Förderungsbegriff einzuschränken. Wie die Rechtsprechung immer wieder zeigt, wirken solche Einschränkungsvorhaben im Einzelfall fast immer als etwas gewaltsame Konstruktion, da sie doch nur schwer an der Tatsache vorbeikommen, daß „Förderung“ im Grunde eben doch jede Verschaffung wirtschaftlicher Vorteile ist. Derartige Versuche erübrigen sich nun, da ein kräftiges Gegengewicht gegen den so weit geratenen Förderungsbegriff gefunden ist, das allein zur Entscheidung, ob eine Genossenschaft vorliegt oder nicht, schon fast voll ausreicht. Denn alle notwendigen Einschränkungen des Förderungsbegriffs lassen sich bereits aus dem anderen Merkmal, dem gemeinschaftlichen Betrieb, ableiten. Man kann sich daher damit begnügen, der wörtlichen Interpretation des Gesetzes zu folgen und in den Worten „Förderung der Wirtschaft und des Erwerbs“ nicht viel mehr als den Ausdruck des Gedankens zu sehen, daß die Genossenschaft nicht andere als wirtschaftliche Zwecke verfolgen soll.

¹⁴¹ Vgl. hierzu Gabriel, Grundfragen . . . S. 286.

¹⁴² Diederichs S. 26.

¹⁴³ Vgl. oben Anm. 119.

Damit ist eine vollständige und klare Definition des Begriffspaares gefunden:

Förderung der Mitgliederwirtschaften ist jede wirtschaftliche Besserstellung der Genossen, also jede Verschaffung geldwerter Vorteile, wenn sie mit den Mitgliederwirtschaften nur in irgendeinem Zusammenhang steht.

Geschäftsbetrieb ist ein wirtschaftendes Unternehmen, das wegen der Art und der Größe seines wirtschaftlichen Verkehrs mit der Außenwelt den im Recht der Handelsgesellschaft allgemein geltenden Sicherungsvorschriften unterworfen werden muß.

Gemeinschaftlich ist dieser Betrieb, wenn er namentlich aus Tätigkeiten besteht, die die Mitglieder selbst vornehmen würden, wenn sie ihnen nicht durch die Genossenschaft abgenommen worden wären.

Nur wenn diese drei Voraussetzungen zusammentreffen, kann eine Personenvereinigung als eingetragene Genossenschaft gegründet werden.

Zweiter Abschnitt

Der wirtschaftliche Verein des Bürgerlichen Gesetzbuches

Wie sich aus dem vorigen Abschnitt¹⁴⁴ ergibt, stellen sich einer klaren Grenzziehung zwischen Genossenschaft und eingetragenen Verein erhebliche Schwierigkeiten entgegen. Wenn sich diese Schwierigkeiten mit der hier vertretenen Definition des gesetzlichen Genossenschaftsbegriffs überwinden lassen, dann ist das ein beachtlicher Beweis für die Richtigkeit dieser Definition. Ein erster Versuch hierfür ist im vorigen Abschnitt unternommen worden¹⁴⁵.

Ein weiterer und wertvollerer Beweis aber wird es sein, wenn es gelingt, von der anderen Seite her, nämlich vom Standpunkt des bürgerlichen Vereinsrechts aus, zu derselben Scheidung zu kommen, zu der die Auslegung des Genossenschaftsrechts geführt hat. Umgekehrt muß, solange eine Übereinstimmung zwischen BGB und GenG noch nicht erreicht ist, in der Theorie noch ein Fehler stecken: Die eingetragene Genossenschaft ist ein Wirtschaftsverein im Sinne des § 22 BGB¹⁴⁶. Deshalb muß die Abgrenzung zwischen Wirtschaftsverein und Idealverein denselben Regeln folgen wie die zwischen Genossenschaft und Idealverein. Unterschiede in der Grenzziehung dürfen sich nur daraus ergeben, daß zwar jede Genossenschaft ein Wirtschaftsverein, aber nicht jeder Wirtschaftsverein eine Genossenschaft ist — im übrigen muß volle Übereinstimmung erzielt werden können. Zum Beweis, daß dies tatsächlich der Fall ist, soll im folgenden kurz der wirtschaftliche Verein des Bürgerlichen Gesetzbuches behandelt werden.

¹⁴⁴ Vgl. bei Anm. 73, 111 ff., 120 ff.

¹⁴⁵ Vgl. bei Anm. 131 ff.

¹⁴⁶ Vgl. bei Anm. 111.

1. Nach der Definition des BGB unterscheiden sich der Idealverein und der Wirtschaftsverein allein im „Zweck“, der „auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet“ ist oder nicht¹⁴⁷. Diese Fassung kann nur als unglücklich bezeichnet werden¹⁴⁸. Denn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb, der sich bei der eG als die Summe der zum Betrieb des Geschäfts erforderlichen Voraussetzungen und als ein auf Dauer berechnetes Unternehmen dargestellt hat¹⁴⁹, kann auch beim Verein nur das Mittel zur Erreichung des Zwecks sein, nicht dessen Ziel¹⁵⁰. Grammatikalisch und logisch einwandfrei wäre daher nur die umgekehrte Fassung des Gesetzes, daß nämlich der Geschäftsbetrieb auf den Zweck ausgerichtet ist. Der Zweck kann nie auf den Betrieb gerichtet sein; möglich ist allenfalls, daß der Zweck nur durch eine besondere Art des Betriebes erreicht werden kann. Die mithin in jedem Falle unrichtige Fassung des Gesetzes¹⁵¹ gibt also nicht zu erkennen, ob es der Geschäftsbetrieb ist, der den Verein zu einem wirtschaftlichen macht, oder ob umgekehrt das, worauf die Vereinstätigkeit „ausgerichtet“ ist, der Zweck, das Merkmal des wirtschaftlichen Vereins ist. Denkbar ist schließlich sogar, daß wegen der engen Verbindung von Mittel und Zweck beide wirtschaftlich sein müssen, wenn ein Verein als „wirtschaftlich“ angesprochen werden soll. Als „wirtschaftlich“ könnte man also einen Verein ansehen, wenn er

entweder einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, ohne daß es darauf ankommt, ob ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliegt („subjektive Theorie“)

oder seinen Zweck durch einen wirtschaftlichen Betrieb anstrebt, wobei gleichgültig ist, ob der Zweck selbst wirtschaftlich ist oder nicht („objektive Theorie“)

oder schließlich einen wirtschaftlichen Zweck durch einen wirtschaftlichen Betrieb verfolgt („vermittelnde Theorie“).

Die wegen ihrer alleinigen Ausrichtung auf den Zweck „subjektiv“ genannte erste Theorie ist in der Literatur nur vereinzelt und seit Jahrzehnten nicht

¹⁴⁷ § 21 BGB: „Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts.“

§ 22 Satz 1 BGB: „Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung.“

¹⁴⁸ Lehmann, Allg. Teil des BGB S. 334.

¹⁴⁹ Vgl. oben bei Anm. 121.

¹⁵⁰ In Einzelfällen, die hier jedoch nicht zu interessieren brauchen, kann der Geschäftsbetrieb allerdings einmal zum Selbstzweck werden, so bei den der Ausbildung von Lehrlingen oder jüngeren Angestellten dienenden sog. Scheinfirmen.

¹⁵¹ Staudinger-Coing § 21 Anm. 13.

mehr vertreten worden¹⁵². Da sie, offensichtlich zu Unrecht, außer acht läßt, daß das Gesetz jedenfalls das Vorliegen eines wirtschaftlichen Betriebes verlangt, kann sie bei der weiteren Untersuchung ausscheiden. Es genügt, sich mit den zwei verbleibenden Theorien, die beide das Vorhandensein eines Geschäftsbetriebs wirtschaftlicher Art verlangen, näher auseinanderzusetzen.

Die wegen ihres Abstellens allein auf den Geschäftsbetrieb „objektive“ Theorie genannte Ansicht ist zuerst von Planck vertreten worden¹⁵³. Nach seiner Auffassung liegt ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb und damit automatisch ein wirtschaftlicher Verein vor, wenn „die Produktion oder der Umsatz wirtschaftlicher Güter geschäftsmäßig betrieben wird. Die Absicht, dadurch einen Gewinn für den Verein zu erzielen, ist nicht erforderlich.“

Auch die Gegner dieser Theorie müssen anerkennen, daß diese Auslegung dem natürlichen Sprachgefühl am nächsten kommt¹⁵⁴. Sie meinen aber, daß damit der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprochen sei, der offensichtlich einen wirtschaftlichen Zweck vorausgesetzt habe¹⁵⁵, wie sich aus der Entstehungsgeschichte ergebe. In den Protokollen¹⁵⁶ wird nämlich einmal erwähnt, daß ein Idealverein neben seinem ideellen Hauptzweck auch wirtschaftliche Geschäfte betreiben dürfe, um die zur Erreichung des nicht wirtschaftlichen Zwecks notwendigen Mittel zu verschaffen. Ein anderes Beispiel wurde in der Reichstagskommission gebildet¹⁵⁷, wonach ein Verein zur Errichtung billiger Arbeiterwohnungen auch dann noch ein Idealverein bleiben müsse, wenn die den Verein finanzierenden Mitglieder eine fünfprozentige Verzinsung ihrer Einlagen erhalten sollen.

Aus diesen Überlegungen heraus versucht die wohl als herrschend anzusprechende Lehre zwischen den beiden anderen Theorien zu vermitteln und lehrt, daß sowohl Geschäftsbetrieb als auch Zweck auf wirtschaftlicher Ebene liegen müssen. Um einen Verein als wirtschaftlich ansehen zu können, müsse daher eine nach außen gerichtete, entgeltliche Tätigkeit dauernder Art vor-

¹⁵² Nachweise bei Schrader=Rottmers S. 44.

¹⁵³ 1. Aufl. § 21 Anm. 2. (In der 4. Aufl. [Knoke] wird auf den fortlaufenden Abschluß von entgeltlichen Rechtsgeschäften mit Dritten abgestellt.) Ähnlich Oertmann § 21 Anm. 1 b β; RGR-Kommentar § 21 Anm. 4 jedenfalls für den Fall, daß der Geschäftsbetrieb sich zu einem selbständigen Gewerbeunternehmen auswächst; Erman-Westermann § 21 Anm. 2 („Teilnahme am Güterverkehr durch Leistungsaustausch“); Anklänge bei Soergel-Siebert § 21 Anm. 6, wo ausgeführt wird, daß die Art der Verwendung des Erwerbs gleichgültig sei, ein wirtschaftlicher Endzweck also wohl nicht als notwendig angesehen wird. Weitere Nachweise bei Schrader=Rottmers S. 57 und Staudinger=Coing § 21 Anm. 11.

¹⁵⁴ Staudinger=Coing § 21 Anm. 12.

¹⁵⁵ Ders., § 21 Anm. 13.

¹⁵⁶ Achilles=Gebhard, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I 1879 S. 479.

¹⁵⁷ Drucks. und sten. Berichte des Reichstags, 9. Leg.=Per., 4. Session 1895/6, Drucks. 440 ff. S. 13.

liegen, die den Erwerb wirtschaftlicher Vorteile für den Verein oder unmittelbar für die Mitglieder erstrebe¹⁵⁸.

Festzustellen ist also zunächst eine Übereinstimmung der beiden Theorien, daß ein Verein ohne wirtschaftlichen Betrieb stets ein Idealverein ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sein Zweck auf wirtschaftlichem oder auf nicht wirtschaftlichem Gebiet liegt. Das entspricht auch eindeutig der Fassung des Gesetzes.

Der Unterschied zwischen beiden Ansichten wird erst bei der Beurteilung solcher Vereine bemerkbar, die zwar einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb aufweisen, aber dennoch keinen wirtschaftlichen Zweck anstreben, also weder für sich noch für ihre Mitglieder Gewinn erzielen wollen. Ist also ein Verein, der ein Krankenhaus betreibt, das armen Patienten eine verbilligte Behandlung ermöglichen soll und der sich die dazu erforderlichen Mittel durch die entgeltliche Pflege begüterter Patienten beschafft, noch ein Idealverein? Darf ein Verein zur Förderung christlicher Gesinnung Bibeltexte herstellen und vertreiben¹⁵⁹ oder ein Bundessportverband die Ski-Unfallversicherung aller seiner Mitglieder besorgen?

Wie bei der Genossenschaft liegt auch hier die Lösung im Begriff „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“. Zur Definition dieses Begriffs ist die Klärung nützlich, warum das Gesetz so scharf zwischen wirtschaftlichem und Idealverein unterscheidet. Das ist nicht schwer zu erkennen. Denn im Gegensatz zum Genossenschaftsgesetz, bei dem nicht ohne weiteres erklärt werden kann, warum so entscheidender Wert darauf gelegt wird, daß der Betrieb immer wirtschaftlich sein muß, ist die ratio legis für die Trennung der Vereine nach § 21 BGB von denen nach § 22 BGB leicht aufzuzeigen. Der wirtschaftliche Verein bietet im Geschäftsleben besondere Gefahren und soll daher von den für harmlose Vereinigungen gedachten vereinfachten Formen des § 21 BGB ausgeschlossen bleiben. Bei dem Ausspruch der Verleihung hat es der Staat ohne weiteres in der Hand, die für notwendig erachteten Vorsichtskautele (Einführung der Staatsaufsicht etc.) durchzusetzen. Diese einleuchtenden Gedanken lassen sich schon aus der Entstehungsgeschichte belegen. In dem ersten Entwurf eines „Gesetzes betreffend die privatrechtliche Stellung von Vereinen“¹⁶⁰ werden die Idealvereine als solche definiert, die nicht zu den schon bestehenden juristischen Personen des Handelsrechts gehören „und auch sonst nicht auf Erwerb, Gewinn oder einen eigentlichen Geschäftsbetrieb abzielen“. Diese Fassung zeigt deutlich, daß es die wirtschaftende Verhaltensweise war, die ausgeschlossen werden sollte. Vor dem

¹⁵⁸ Staudinger-Coing § 21 Anm. 14, 15; Palandt-Dankelmann § 21 Anm. 1; Enneccerus-Nipperdey S. 410; Lehmann S. 334; Soergel-Siebert § 21 Anm. 3. Weitere Nachweise bei Schrader-Rottmers S. 47.

¹⁵⁹ Vgl. Staudinger-Coing § 21 Anm. 17.

¹⁶⁰ Anlagen zu den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses 1868/69, Bd. 3 Nr. 227 SS. 1275 ff.; der Entwurf stammt von Schulze-Delitzsch.

Reichstag des Norddeutschen Bundes erläuterte Schulze-Delitzsch diesen Gedankengang selbst und führte aus¹⁶¹, bei Genossenschaften erhoffe das Mitglied einen Gewinn und trete deshalb auch in das Risiko ein. Bei den Vereinen, mit denen es der neue Gesetzentwurf zu tun habe, namentlich gemeinnützigen und mildtätigen Vereinen, fehle dieses Äquivalent. Daher könne den Mitgliedern eine Haftpflicht nicht zugemutet werden.

Noch deutlicher wird das in dem nächsten dem Reichstag zugeleiteten Entwurf des Gesetzes, in dem¹⁶² von Vereinen die Rede ist, „welche es auf Erwerb, Gewinn oder einen eigentlichen Geschäftsbetrieb abstellen“. Diese Fassung „abstellen“ ist viel deutlicher als die heutige Formulierung. Sie zeigt deutlich, daß es das wirtschaftliche Risiko ist, um dessentwillen die zwei Arten der Vereinigung so scharf voneinander unterschieden werden: Die „Gefährlichkeit“¹⁶³ des wirtschaftlichen Vereins – Gefährlichkeit ganz im zivilrechtlichen Sinne – sollte diesen von der erleichterten Gründung ausschließen, da der Idealverein nach seinem gesamten Zuschnitt – Fehlen sowohl haftenden Kapitals als auch haftender Mitglieder, Fehlen jeglicher Vorschrift über Buchführung, Buchprüfung usw. – für ein Auftreten im Wirtschaftsleben ungeeignet ist¹⁶⁴: Ein Kegelclub, dessen Teilnahme am Wirtschaftsleben sich auf die wöchentliche Miete einer Kegelbahn und den sommerlichen Ausflug an die Mosel beschränkt, braucht keine besondere wirtschaftliche Struktur. Anders liegt es bei einem Verein, der große und unter Umständen verlustreiche Geschäfte abwickeln muß. Seine Gläubiger sind ungleich stärker gefährdet als die Gläubiger einer Handelsgesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft. Die häufig fehlende Geschäftsgewandtheit der Vereinsleitung muß diese Gefahren noch erhöhen. Ratio legis ist also eindeutig der Schutz der Gläubiger¹⁶⁵ und damit indirekt natürlich auch der Schutz der Vereinsmitglieder, deren in dem Verein steckendes Vermögen vor dem Verlust behütet wird.

Diese Überlegungen sprechen dafür, daß der „wirtschaftliche Geschäftsbetrieb“ des BGB mit dem „Geschäftsbetrieb“ des GenG identisch ist. Denn der Betrieb allein ist es, der den Verein zu einem gefährlichen machen kann¹⁶⁶. Dieses Ergebnis wird in der Literatur bestätigt. Vom Reichsgericht¹⁶⁷ stammt der Gedanke, daß bei der Prüfung, ob ein wirtschaftlicher

¹⁶¹ Anl. zu den Verh. des Reichstags des Norddtsch. Bundes, Sten. Ber. Bd. 2 S. 1332 (zitiert nach Schrader=Rottmers S. 12).

¹⁶² Sten. Berichte der 1. Leg.-Per., 1. Session Bd. 3 Nr. 151 S. 397.

¹⁶³ Schrader=Rottmers S. 30 ff. (39).

¹⁶⁴ Daß diese „Gefährlichkeit“ nur auf privatrechtlichem, nicht auf öffentlich-rechtlichem Gebiet zu suchen ist, zeigen die – inzwischen aufgehobenen – §§ 43 Abs. 3 und 61 Abs. 2 BGB, die für politisch als gefährlich angesehenes Verhalten gesonderte Bestimmungen enthielten.

¹⁶⁵ KG OLGE 20, 25; RGR-Kommentar § 21 Anm. 4.

¹⁶⁶ Schrader=Rottmers S. 91–93.

¹⁶⁷ RGZ 83, 231; 154, 351. „Recht“ 1913 Nr. 2959. Ihm folgend KG OLGE 20, 25; 42, 251 (Braunschweig).

Geschäftsbetrieb vorliege, der sogenannte „innere Geschäftsbetrieb“ nicht berücksichtigt werden darf. Das sind solche Tätigkeiten, ohne die keine juristische Person auskommen kann, die also ungefähr den Hilfs- und Ergänzungsgeschäften von Abschnitt 53 KStRL entsprechen. Die Anstellung eines Geschäftsführers allein kann einen Verein nie zu einem wirtschaftlichen machen; das können erst die Geschäfte, die dieser Geschäftsführer durchführt.

Demzufolge kommen die objektive und die vermittelnde Theorie zu dem Ergebnis, daß der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb eine dauernde, auf Abschluß von entgeltlichen Geschäften gerichtete „äußere“ Tätigkeit ist. Das aber ist genau die Definition, die oben für den Geschäftsbetrieb der Genossenschaft gefunden worden ist. „Wirtschaftlich“ ist also nur ein solcher Verein, der einen Geschäftsbetrieb aufweist, wie ihn jede Genossenschaft haben könnte.

2. Sagt das Gesetz nun aber wirklich, daß der Verein wirtschaftlich nur dann sei, wenn er außerdem sich oder seine Mitglieder wirtschaftlich zu fördern sucht? Die in Anm. 156 und 157 erwähnten Stellen scheinen dafür zu sprechen. In der Tat kann wohl nicht bestritten werden, daß ein Verein das nun einmal benötigte Geld jedenfalls in einem gewissen Ausmaß sich auch auf andere Weise als nur durch Mitgliederbeiträge verschaffen darf. Denn schließlich ist schon die Liebhaberaufführung eines Theaterstücks gegen Entgelt eine wirtschaftliche Verhaltensweise. Offen ist jedoch die Frage geblieben, ob der Verein „ideal“ bleibt, wenn er sich von einem Handelsgewerbe nur noch durch den idealen Endzweck, den kein Außenstehender seinem Geschäftsgebaren entnehmen kann, unterscheidet. Sicherlich muß der bei Anm. 157 erwähnte Bauverein seine Schulden verzinsen, und es kann dabei keinen Unterschied machen, ob Geldgeber die eigenen Mitglieder oder Außenstehende sind. Ob aber für einen solchen Verein, der vielleicht mit einem Millionenaufwand Hunderte von Wohnungen errichten will, die Form des § 21 überhaupt noch als geeignet angesehen werden kann, ist eine Frage, die in den Motiven nicht behandelt wird. Und gerade an diesem Punkt liegen die schwachen Stellen sowohl der objektiven als auch der vermittelnden Theorie. Die erstere kann bei ihrem starren Abstellen lediglich auf die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr nur schwer berücksichtigen, daß nicht jedes wirtschaftliche Verhalten gefährlich ist. Warum soll der bei Anm. 159 erwähnte Verein nicht die Spenden seiner Mitglieder zur Herstellung und Verbreitung von Bibeln verwenden dürfen? Ein wirtschaftliches Risiko geht er damit nicht ein, und seine Mitglieder gehen ohnehin davon aus, daß sie ihr Geld nicht zurückerhalten; wahrscheinlich haben sie die Spenden sogar von der Steuer abgesetzt. Anders wird die Lage, wenn die Mitgliederspendsen nicht mehr ausreichen, der Verein also zum Beispiel gezwungen wird, Lieferantenkredit in Anspruch zu nehmen. Damit nähert er sich einem Handelsgeschäft, und damit beginnt die Gefährlichkeit.

Und das wiederum ist der Punkt, an dem die Kritik gegen die vermittelnde Theorie einzusetzen hat. Es mag ein anzuerkennendes Anliegen sein, daß man die Verfolgung caritativer Zwecke möglichst erleichtern will. Das darf aber nicht auf Kosten Dritter vor sich gehen. Kann die Hilfe daher nur auf Wegen vor sich gehen, für die die Form des eV absolut nicht zugeschnitten ist, dann müssen daraus auch die erforderlichen Konsequenzen gezogen werden: Wer im Wirtschaftsleben auftreten will, muß auch den Mindestanforderungen entsprechen, die dort an ihn zu stellen sind. Die vermittelnde Theorie beachtet zu wenig, daß es allein der Geschäftsbetrieb ist, der es erforderlich macht, wirtschaftende Vereine von nicht wirtschaftenden Vereinen zu unterscheiden.

Außerdem erscheint die Prämisse der vermittelnden Theorie, daß das vor Anm. 159 erwähnte Krankenhaus keinen wirtschaftlichen Zweck verfolge, anfechtbar. Kann man überhaupt sagen, die Pflege der unbemittelten Kranken sei Hauptzweck, die der begüterten Kranken dagegen nur Nebenzweck oder gar Mittel zum Zweck? Die Ärzte dieser Anstalt würden wohl widersprechen. Richtig ist natürlich, daß dieses Krankenhaus im Endergebnis keinen Gewinn ausweisen will, also nicht beabsichtigt, sein Eigenkapital zu verzinsen. Auf die Erzielung gewisser Überschüsse aber kann es nicht verzichten, wenn es nicht ständig mit plötzlichem Konkurs rechnen will. Rücklagen sind notwendig, Ausschüttungen nicht. Vom Standpunkt des Geschäftsbetriebs aus aber ist der Unterschied zwischen Gewinnausschüttungen und Rücklagen nur graduell, denn beide wollen erwirtschaftet werden. Jedenfalls ist das (notwendige) Ziel, soviel Einnahmen zu erwirtschaften, wie Ausgaben anfallen werden, ein wirtschaftliches Ziel. Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb hat also zuerst immer einen wirtschaftlichen Zweck, nämlich das Erzielen von Einnahmen. Fehlte dieser Zweck, so würde der Betrieb erst gar nicht begonnen werden. Wie ein Verein diese Einnahmen bzw. die verbleibenden Überschüsse tatsächlich verwendet, vielleicht nur zur Abdeckung der eigenen Verbindlichkeiten, vielleicht auch zur Stärkung seiner Finanzstruktur, vielleicht gar zur Unterstützung Dritter, sei es der Mitglieder in Gestalt von Dividendenzahlung, sei es gänzlich Außenstehender auf caritativem Wege, das ist eine von der ursprünglichen Zwecksetzung „Einnahmenerzielung“ ganz unabhängige Entscheidung. Im Gegenteil kann der Verein ja nicht gehindert werden, seine Überschüsse Jahr für Jahr anders zu verwenden! Damit ändert er aber nicht Jahr für Jahr seinen Charakter als wirtschaftlicher oder nicht wirtschaftlicher Verein. Das Endziel des Vereins erweist sich also als Indiz für seine Wirtschaftlichkeit als völlig ungeeignet. Man wird daher der Formulierung des Reichsgerichts zustimmen müssen¹⁶⁸, das ausgeführt hat: Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb könne schon dann nicht vorliegen, wenn der Verein keinerlei geldwerte Vorteile anstrebt. Zunächst mag diese Definition des Mittels aus dem Zweck heraus verwirren.

¹⁶⁸ RGZ 88, 332. Vgl. zu dieser Entscheidung jedoch Anm. 174.

Sie ist aber richtig: Ein wirtschaftlicher Betrieb erstrebt notwendig die Erzielung von Einnahmen; fehlt es schon daran, dann liegt eben kein wirtschaftlicher Betrieb vor. Über den Endzweck des Vereins ist damit noch nichts ausgesagt; dieser ergibt sich erst aus der Entscheidung, was mit den tatsächlich erzielten Überschüssen angefangen werden soll.

Bei Berücksichtigung dieser Gedankengänge schrumpft der Unterschied zwischen den beiden Theorien erheblich zusammen. Der objektiven Theorie ist zuzustimmen, daß die Erzielung von Gewinn, der den Mitgliedern zuwächst, allein kein Kriterium des wirtschaftlichen Vereins sein kann; mit der vermittelnden Theorie muß anerkannt werden, daß ein wirtschaftlicher Verein notwendig ein wirtschaftliches Ziel haben muß. Allerdings braucht dieses Ziel nicht unbedingt der Endzweck zu sein, es ist vielmehr möglich, daß es nur der Erreichung des Endzwecks dient. Mit dieser Einschränkung kann man sagen, daß es einen wirtschaftlichen Betrieb ohne wirtschaftlichen Zweck nicht gibt.

Das Endziel eines Vereins kann daher nie als Kriterium dafür gebraucht werden, ob der Verein wirtschaftlich ist. Es kommt nur darauf an, ob er zur Erreichung seines Endziels Mittel benötigt, die er sich durch einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb verschaffen will¹⁶⁹. Wegen eines solchen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs allein aber muß die Eintragung als e. V. noch nicht notwendig unterbleiben. Sie ist erst dann nicht mehr zulässig, wenn der Rechtsverkehr mit Außenstehenden von solcher Art ist und einen solchen Umfang annimmt, daß die auf wirtschaftendes Handeln nicht zugeschnittenen Vorschriften des BGB einen genügenden Schutz nicht mehr bieten können und es daher notwendig erscheint, diesen Verein den schärferen Bestimmungen der handelsrechtlichen Organisationsgesetze zu unterwerfen. Wann das der Fall ist, ist eine Frage, die mehr nach wirtschaftlichen als nach juristischen Gesichtspunkten zu entscheiden ist. Es wäre zu eng, nur die Produktion oder den Austausch von Waren als wirtschaftlichen Betrieb anzusehen, da damit die Dienstleistungsgeschäfte nicht erfaßt würden; es wäre zu weit, es ganz allgemein auf den Abschluß von Rechtsgeschäften abzustellen: Die mehrfach erwähnte Vereinigung zur Verbreitung der Bibel muß, obwohl sie Rechtsgeschäfte abschließt, noch nicht gefährlich im hier entwickelten Sinne sein. Auch eine Gewerkschaft schließt Rechtsgeschäfte ab, sogar solche, die stärkste wirtschaftliche Folgen haben können — ein Geschäftsbetrieb mit seinen typischen Gefahren besteht bei ihr normalerweise gerade nicht¹⁷⁰, auch wenn ihr Verwaltungsapparat noch so groß ist. Die Eintragung als Idealverein wäre daher grundsätzlich möglich. Sollte die als Verein einge-

¹⁶⁹ Diesen Gedanken spricht schon RGZ 95, 91 (94) aus.

¹⁷⁰ Ausnahmen sind natürlich immer möglich; es sei an den Metallarbeiterstreik in Schleswig-Holstein erinnert (NJW 1959, 908). Vor der Eintragung kann der Registerrichter aber nur die voraussichtliche Entwicklung prüfen, Parisius-Crüger § 1 Anm. 10.

tragene Gewerkschaft aber beginnen, mit dem Überschuß aus den Mitgliederbeiträgen ein Bankgeschäft zu betreiben, so würde dies ein wirtschaftlicher Betrieb sein, und zwar unabhängig davon, ob die Gewinne aus diesem Bankgeschäft zu politischen, kulturellen oder wirtschaftlichen Zwecken verwendet werden sollen. Die bloße Beteiligung an einer als Aktiengesellschaft gegründeten Bank dagegen wäre nach Vereinsrecht wohl zulässig. Keinem Verein kann der Erwerb von Aktien als Vermögensanlage verwehrt werden. Ebenso könnte die Gewerkschaft ihre verfügbaren Mittel der Bank als Kredit zur Verfügung stellen.

Wie schon erwähnt, ist die Frage, wann die Gefährlichkeit beginnt, zunächst wirtschaftlicher Natur. Juristisch wird man sagen können, daß ein Verein jedenfalls dann wirtschaftlich wird, wenn nach § 33 HGB die Eintragung ins Handelsregister erforderlich wird. Ein Verein, der voraussichtlich im Handelsregister eingetragen werden muß, kann daher nicht als eV gegründet werden. Das kuriose und unbefriedigende Ergebnis, daß ein und dieselbe Vereinigung gleichzeitig Idealverein und Handelsgewerbe sein kann¹⁷¹, wird auf diese Weise weitgehend verhindert. Denn sobald der Verein unter § 33 HGB fällt, kommt auch gleichzeitig § 43 Abs. 2 BGB zum Zuge.

Auch wenn die hier vertretene Auffassung in der Begründung von der wohl als herrschend anzusprechenden Lehre abweicht, so muß doch bemerkt werden, daß im konkreten Einzelfall Unterschiede kaum auftreten. Der größte Teil der bekanntgewordenen Gerichtsentscheidungen stellt es ohnehin nur auf das Fehlen des wirtschaftlichen Betriebs ab, so daß Abweichungen schon deshalb nicht zum Zuge kommen können¹⁷². Aber auch wo die Entscheidungen auf den Zweckbegriff abgestellt werden, werden im wesentlichen die gleichen Ergebnisse erzielt wie bei Anwendung der hier entwickelten Sätze. Zwar führt das Reichsgericht¹⁷³ einmal aus, daß ein überwiegender idealer Endzweck im Einzelfall die Eintragung als Idealverein trotz wirtschaftlichen Betriebs gestatten könne. Hierin sieht das Gericht aber eine Ausnahme, die es wohl selbst nicht für zwingend hält. Tatsächlich sind auch Entscheidungen des Reichsgerichts, die einen Idealverein mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb anerkannten, nicht bekanntgeworden¹⁷⁴.

Auch bei solchen Entscheidungen, die eine Eintragung als Verein wegen eines idealen Hauptzwecks zuließen, handelte es sich immer um Vereine, die keinen wirtschaftlichen Betrieb im hier vertretenen Sinne aufzuweisen hat-

¹⁷¹ Flad-Gadow=Heinichen HGB 1940, § 33 Anm. 4; RGR § 21 Anm. 4; Baumbach HGB § 33 Anm. 2. S. KGJ 21 A 75.

¹⁷² RGZ 95, 91; 154, 343. OLGE 20, 25.

¹⁷³ RGZ 154, 343.

¹⁷⁴ Als Ausnahme kann allenfalls RGZ 88, 332 gelten, wo das Gericht nebenher erwähnt, daß ein die Eintragung ausschließender wirtschaftlicher Zweck nicht vorliege, wenn der Verein nur seine Mitglieder wirtschaftlich fördern wolle. Diese Rechtsprechung gab das RG (RGZ 154, 343) selbst auf. Außerdem hatte der dort betroffene Haus- und Grundbesitzerverein sicherlich keinen wirtschaftlichen Betrieb im hier vertretenen Sinne.

ten¹⁷⁵. Es zeigt sich aber immer wieder, daß der Zweck ein unglückliches Kriterium ist. Besonders deutlich wird dies an einer Entscheidung aus dem Jahre 1921¹⁷⁶. Dort bescheinigt das Gericht einem Verein, der für seine Mitglieder sämtliche vorkommenden Rechtssachen erledigte, Außenstände einzog, Kredite vermittelte usw. usw., und der auf diese Weise das Einkommen der Mitglieder fördern sollte, einen idealen Zweck. Das ist bedenklich. Die Entscheidung wird nur dann haltbar sein, wenn der Verein seine Geschäftstätigkeit abwickeln konnte, ohne mit der Außenwelt so in Verbindung treten zu müssen, daß die Schwelle der Gefährlichkeit überschritten wurde. Das mag bei der geschilderten Art der Tätigkeit unter Umständen möglich sein, sehr wahrscheinlich ist es nicht. Die Entscheidung wird von den genauen Umständen des Einzelfalls abhängen.

Schließlich wird durch die hier vertretene Ansicht das Problem des sog. „gemischten Vereins“¹⁷⁷ hinfällig. Dieses Problem hat die Literatur stark beschäftigt. Es geht dabei darum, ob ein Verein, der gleichzeitig wirtschaftliche und ideale Tendenzen verfolgt, als Wirtschafts- oder als Idealverein einzutragen ist. Die herrschende Lehre läßt den vorherrschenden der beiden Zwecke ausschlaggebend sein. Welcher das nun im Einzelfall ist, ist eine Frage, die sich klarer Beantwortung häufig entzieht. Meistens wird sich das aus der Satzung, die dem Registerrichter vor der Eintragung allein zur Verfügung steht, auch gar nicht ergeben, sondern erst aus der – mehr oder weniger zufälligen – Entwicklung der Vereinsgeschäfte. – Wenn dagegen nur geprüft zu werden braucht, ob ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb von einer gewissen Größe und Gefährlichkeit voraussichtlich zur Erreichung der satzungsmäßigen Zwecke benötigt werden wird, dann entstehen keine Schwierigkeiten.

3. Damit ist der Anschluß an die im vorigen Abschnitt erzielte Definition des Geschäftsbetriebs der eingetragenen Genossenschaft erreicht. Der Begriff „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ in den §§ 21 und 22 BGB meint den gleichen Sachverhalt wie der Geschäftsbetrieb des § 1 GenG¹⁷⁸. Da die Genossenschaft ein Unterfall der Vereine des § 22 BGB ist, wird durch diese Übereinstimmung erwiesen, daß die oben für die Genossenschaft erzielte Definition richtig ist. Eine Definition, die für die Genossenschaft als eine Art des wirtschaftlichen Vereins paßt, muß auch für die anderen wirtschaftlichen Vereine des § 22 BGB passen. Lediglich folgender Unterschied besteht: Der Verein wird bereits dann zu einem wirtschaftlichen, wenn er einen Geschäftsbetrieb aufweist. Soll er aber darüber hinaus als Genossenschaft ge-

¹⁷⁵ Vgl. etwa Sächs. OVG in JW 1935, 3687. Auf der Grenze und wohl nur wegen des sehr besonderen Sachverhalts noch hinzunehmen KGJ 36 A 146.

¹⁷⁶ OLG Braunschweig in OLGE 42, 251.

¹⁷⁷ Vgl. hierzu RGR § 21 Anm. 4 und Staudinger-Coing § 21 Anm. 8 mit weiteren Nachweisen.

¹⁷⁸ So schon KG JFG 6, 222; Piltz-König § 1 S. 16; Paulick Lehrbuch S. 59.

gründet werden können, dann muß zusätzlich das weitere Erfordernis der Gemeinsamkeit erfüllt sein; die gemeinsame Tätigkeit schließlich muß die Mitgliederwirtschaften fördern. Die Genossenschaft ist also ein wirtschaftlicher Verein, der nur bestimmte, auf seine Mitglieder zugeschnittene Geschäfte durchführen darf. Das schon mehrfach erwähnte „Idealkrankenhaus“¹⁷⁹ wäre daher weder als Verein noch als Genossenschaft eintragbar. Ein Verein ist es nicht, da es wegen seiner starken Verflechtung mit dem Wirtschaftsleben über die dem Idealverein gesteckten Grenzen hinausgeht; als Genossenschaft ist es nicht eintragbar, weil es wegen seines Altruismus nicht dem der Genossenschaft typischen Gedanken der Selbsthilfe entspricht, die Förderung der Genossen vielmehr nur am Rande, jedenfalls nicht als Hauptzweck, anstrebt.

Damit ist ein handliche Unterscheidung gewonnen, nach der der Registerrichter eine neu einzutragende Vereinigung zu prüfen hat. Nur wenn diese zur Erreichung ihrer angestrebten Ziele einen Betrieb, der die Beachtung der Bestimmungen der handelsrechtlichen Organisationsgesetze angebracht erscheinen läßt, nicht benötigt, kann sie in das Vereinsregister aufgenommen werden. Andernfalls kommt nur die Gründung als wirtschaftliche Vereinigung in Frage, die Eintragung im Genossenschaftsregister jedoch nur, wenn gleichzeitig die übrigen Voraussetzungen des § 1 erfüllt sind, vor allem also der Geschäftsbetrieb zu Zwecken der Mitgliederförderung Funktionen wahrnimmt, die ursprünglich Aufgabe der Mitgliederwirtschaften waren.

Dritter Abschnitt

Auflösung bei Wegfall von Eintragungsvoraussetzungen?

Nachdem im ersten Abschnitt die Definitionsmerkmale des § 1 besprochen worden sind und damit geklärt ist, welchen Anforderungen eine Vereinigung entsprechen muß, die im Genossenschaftsregister eingetragen werden will, wendet sich die Untersuchung nunmehr der Frage zu, ob ein Verfahren nach § 81 eingeleitet werden kann, wenn diese Anforderungen oder doch einzelne von ihnen nachträglich wegfallen.

Vorerst ist klarzustellen, daß nicht jeder Sachverhalt, der zur Verweigerung der Eintragung geführt hätte, nunmehr auch zwingend eine Auflösung nach sich ziehen muß. Das ergibt sich schon aus dem Gefälle der beiden Vorschriften zueinander: Fehlt eine Voraussetzung des § 1, dann darf der Registerrichter nicht eintragen; wird jedoch § 81 gerügt, dann ist es der freien Entscheidung der Bezirksregierung überlassen, ob sie das Auflösungsverfahren einleiten will. Es kommt hinzu, daß § 81 nicht auf den ganzen

¹⁷⁹ Vgl. oben vor Anm. 159.

§ 1 verweist, sondern diesen nur zur näheren Erläuterung der verpönten nicht wirtschaftlichen Zwecke heranzieht. Das hat seinen guten Grund. Bei der Gründung einer juristischen Person können schärfere Maßstäbe angelegt werden als bei ihrer zwangsweisen Auflösung. Denn die zu gründende Vereinigung muß ihre Lebensfähigkeit noch unter Beweis stellen; die aufzulösende hat dies, jedenfalls im Falle des § 81, bereits getan. Das ist ein Gedanke, der an verschiedenen Gesetzesstellen wiederkehrt. So darf ein Idealverein nur bei mindestens 7 Mitgliedern eingetragen werden, der Auflösung dagegen verfällt er erst, wenn die Mitgliederzahl unter 3 gesunken ist¹⁸⁰. Oder eine Aktiengesellschaft kann nur eingetragen werden, wenn am Aktienkapital noch keine anderen Verluste als Gründungssteuern und -gebühren eingetreten sind; zum Konkurs wird sie jedoch, solange sie noch zahlungsfähig ist, erst dann getrieben, wenn das gesamte Kapital aufgezehrt ist¹⁸¹.

Die Auflösung kann nur dann in Betracht gezogen werden, wenn die Genossenschaft „andere als die in diesem Gesetz (§ 1) bezeichneten geschäftlichen Zwecke verfolgt“. Was ist darunter zu verstehen?

Da der eigentliche Zweck der Genossenschaft, die Mitgliederförderung, praktisch durch jede geldwerte Besserstellung der Mitglieder erreicht werden kann¹⁸², mag man zunächst zu der Annahme neigen, daß § 81 dann zum Zuge kommen kann, wenn eine solche Förderung der Mitglieder nicht mehr erstrebt wird. Eine solche Annahme wäre jedoch etwas voreilig; sie würde unterstellen, daß mit den „geschäftlichen Zwecken“ des § 81 tatsächlich die Förderung der Mitgliederwirtschaften gemeint ist, und das wäre vorab zu beweisen. Wie schon in der Einleitung angedeutet wurde, ist sehr wohl denkbar, daß das Wort „Zwecke“ in § 81 den gleichen Inhalt hat wie in § 8 Abs. 2. Hierfür spricht weiterhin die Bedeutung des Wortes „Zweck“ in der Legaldefinition der §§ 21 und 22 BGB; auch dort ist, wie soeben gezeigt wurde, nicht der Endzweck gemeint, dem bei der Genossenschaft die Mitgliederförderung entspricht, sondern das unmittelbare Ziel des wirtschaftenden Geschäftsbetriebs, der Betriebszweck, der seinerseits erst der Erreichung des Endzwecks dienen soll. Warum sollte es bei der Genossenschaft anders sein? Jedenfalls entspricht die Verwendung des Wortes „Zweck“ durch § 8 dem normalen Sprachgebrauch: Der Genosse einer Kreditgenossenschaft sieht den Zweck seines Beitritts primär darin, daß er seine Geldangelegenheiten erledigen und gegebenenfalls Kredite erhalten kann — dadurch wird er natürlich in seinem Wirtschaftsleben gefördert.

Zur Unterscheidung der beiden verschiedenen Zweckbegriffe wird im folgenden nur noch für den eigentlichen genossenschaftlichen Zweck, die Mit-

¹⁸⁰ §§ 56, 73 BGB.

¹⁸¹ § 28 Abs. 2 AktG; § 207 Abs. 1 KO.

¹⁸² Vgl. Anm. 74.

gliederförderung, das Wort „Zweck“ benutzt werden, während der Zweck im Sinne des § 8 in Anlehnung an den Sprachgebrauch des Mitbestimmungsgesetzes¹⁸³ jeweils „Betriebszweck“ genannt werden wird.

Die damit endgültig angeschnittene Frage, ob § 81 nur ein Abweichen von der geschäftlichen Tätigkeit, dem Betriebszweck, verbieten will, oder ob die Genossenschaft bereits dann der Auflösung verfallen kann, wenn sie nicht mehr unmittelbar die Wirtschaften ihrer Mitglieder fördert, kann nur entschieden werden, wenn Klarheit darüber geschaffen ist, welche möglichen Sachverhalte unter dem Aspekt des § 81 überhaupt betrachtet werden können. Es wird daher im folgenden der Versuch unternommen, die verschiedenen Fallgruppen, bei denen an eine Auflösbarkeit überhaupt gedacht werden kann, systematisch zusammenzustellen und alsdann für jede einzelne Gruppe gesondert zu entscheiden, ob sie dem § 81 unterstellt werden kann oder nicht.

Dabei ist auf folgendes hinzuweisen: Schon der Katalog des § 1 zeigt, wie viele und verschiedene Ausgestaltungen des Begriffs „Genossenschaft“ es geben kann. Jede Genossenschaft hat ihr eigenes Gepräge. Eine Aufteilung in gewisse Fallgruppen ist daher immer nur in gewissem Umfang möglich; namentlich sind Überschneidungen unvermeidlich. Man wird im Einzelfall auch darüber streiten können, ob die vom Verfasser vorgenommene Einteilung immer die nächstliegende ist. Ich bin mir bewußt, daß eine solche Einteilung ohne eine gewisse Großzügigkeit kaum möglich ist. Es ist das eine Folge des vom Gesetzgeber in § 1 unternommenen Versuches, einen wirtschaftlichen Begriff in juristische Formen zu gießen, ohne sich dabei doch juristisch exakter Merkmale zu bedienen.

Da bei der Definition des § 1 der Begriff „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“ eine ungleich stärkere Aussagekraft hat als der Begriff „Mitgliederförderung“¹⁸⁴, werden an erster Stelle die Folgen untersucht, die sich bei Wegfall des Geschäftsbetriebs ergeben können.

A.

Auflösbarkeit bei Fehlen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes?

Der Fortfall des Betriebes kann verschiedene Ursachen haben. Es ist denkbar, daß der Betrieb mehr und mehr zurückgeht („einschläft“), was zur Folge hat, daß auch die Mitgliederförderung entsprechend nachläßt. In diesem, sogleich unter I. behandelten, Falle wäre der Betrieb zur Erreichung des Zwecks also an sich noch nötig. Es ist aber auch möglich, daß der Betrieb deswegen entfällt, weil die besondere Zwecksetzung der Vereinigung ein

¹⁸³ BGBl. 1951 I 347.

¹⁸⁴ Vgl. II im ersten Abschnitt.

wirtschaftendes Verhalten nicht mehr erfordert. Das wird unter II. behandelt.

I. Der Betrieb ist noch nutzbar.

Die Auflösung droht nach dem klaren Gesetzeswortlaut nur solchen Genossenschaften, die andere als geschäftliche Zwecke verfolgen. Daher kann es einer Genossenschaft unter dem Blickwinkel des § 81 nie zum Schaden gereichen, wenn sie den erwünschten und zulässigen Erfolg zwar zu erreichen versucht, aber damit keinen Erfolg hat. Dies gilt selbst dann, wenn eine solche Entwicklung zu einem völligen Stillstand des Betriebes führt. Schon bei der Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen darf der Registerrichter nicht untersuchen, ob die Genossenschaft überhaupt in der Lage sein wird, ihre Ziele zu erreichen¹⁸⁵. Das gleiche muß für die Auflösung, und für diese erst recht, gelten: Ein Merkmal, das nicht einmal bei der Eintragung vorliegen muß, kann bei späterem Wegfall nicht zur Auflösung führen¹⁸⁶.

Dieser Fortfall eines zur Zweckerreichung an sich notwendigen Betriebes kann zweierlei Ursachen haben.

1. Eine Genossenschaft arbeitet nicht mehr rentierlich. Das kann daran liegen, daß ihr Betrieb von den Mitgliedern nicht in ausreichendem Umfange ausgenutzt wird, daran, daß sie ihrer Konkurrenz nicht gewachsen ist, daß ihr Maschinenpark veraltet ist und eine rationelle Ausnutzung des Betriebes nicht mehr zuläßt — welches auch immer der Grund sein mag: Eine Auflösung nach § 81 kommt nicht in Frage. Die Teilnahme am Geschäftsbetrieb ist nicht eine Voraussetzung der Genossenschaft¹⁸⁷, sondern nur eine Voraussetzung ihrer Lebensfähigkeit.

Auch rechtspolitisch wäre die Auflösung nach § 81 kaum zu vertreten. Es ist hinreichend dafür gesorgt, daß eine solche Genossenschaft ohnehin eher oder später zur Auflösung kommen wird. Wenn nämlich der Geschäftsrückgang nicht beizeiten aufgehalten werden kann, dann wird, da die fixen Kosten bestehen bleiben, normalerweise das Unternehmen bald überschuldet sein. Das ist bei der Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht nach § 140 ein Konkursgrund. Für die Auflösung ist also Sorge getragen. Kommt der Vorstand seinen entsprechenden Pflichten (§ 148 Abs. 2 Nr. 2!) nicht nach, dann werden schon die Gläubiger das Erforderliche veranlassen (§ 103 KO). Bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht gibt

¹⁸⁵ Vgl. oben Anm. 71.

¹⁸⁶ Wenn Bästlein S. 17 ausführt, daß der Förderungscharakter dadurch gefährdet werden könne, daß die Mitglieder den Betrieb nicht mehr nutzen, kann ihm daher nicht zugestimmt werden.

¹⁸⁷ Reinhardt, Gen. Zusammenschlüsse S. 243.

es den Konkursgrund der Überschuldung nicht; hier hilft jedoch § 121. Es kann daher den Mitgliedern, die bereits durch den Prüfungsverband über die Lage des Vereins unterrichtet sind, überlassen werden, selbst darauf zu achten, daß ihre Haftung nicht ins Uferlose wächst; sie werden früh genug die Liquidation beschließen.

Nun kann es allerdings vorkommen, daß trotz der Beendigung des Betriebs die Aktiva die Passiva immer noch übersteigen, so daß also weder § 121 noch § 140 zum Zuge kommt. In einem solchen Falle kann man aber auf den gesunden Egoismus der Mitglieder vertrauen und annehmen, daß diese selbst die Rückerstattung ihres nunmehr sinnlos brachliegenden Vermögens verlangen werden. Da das einzelne Mitglied durch Austritt nur an sein Geschäftsguthaben (§ 22 Abs. 4), an darüber hinaus bestehende Werte aber nur bei Auflösung der Genossenschaft heran kann (§ 73 Abs. 2 Satz 2), wird es somit auch in diesem Falle bald zur Auflösung der Genossenschaft kommen, entweder durch einen Beschluß nach § 78 oder, wenn nur noch so geringe Reserven vorhanden sind, daß den Genossen ein solcher Beschluß nicht mehr lohnend erscheint, nach entsprechendem Mitgliederschwund gemäß § 80¹⁸⁸.

Daß weder Gläubiger noch Mitglieder auf der Auflösung einer eingeschlafenen Genossenschaft bestehen, ist also normalerweise nur dann denkbar, wenn nach Betriebseinstellung weder Schulden noch Vermögen übrig geblieben sind. Hier greifen die §§ 2 und 3 des Gesetzes vom 9. 10. 1934¹⁸⁹ ein. Diese Bestimmungen mögen gleichzeitig als Stütze für die Ansicht dienen, daß eine eingeschlafene Genossenschaft nach § 81 nicht aufgelöst werden kann; sonst wären sie nämlich ziemlich überflüssig und hätten lediglich den Sinn, einer Verwaltungsbehörde Arbeit abzunehmen und dem Registerrichter aufzuerlegen.

2. Ein zur Zweckerreichung an sich notwendiger Geschäftsbetrieb kann auch dadurch wegfallen, daß der Genossenschaft die Zweckerfüllung schon aus objektiven Gründen unmöglich geworden ist. Der genossenschaftliche Betrieb einer Produktivgenossenschaft, deren Mitglieder laut Satzungsbestimmung nur Kriegsversehrte sein dürfen, hört effektiv spätestens an dem Tage auf, an dem der letzte Genosse zu produzieren aufhört, sei es, weil er einen anderen Beruf ergriffen hat, sei es aus sonstigen Gründen. Hier kann ohne Selbsttäuschung auch nicht mehr gesagt werden, daß die Genossenschaft noch ihre Mitglieder zu fördern suche — denn diese Förderung lag ja gerade in der Arbeitgeberstellung des Vereins. Darauf kommt es aber

¹⁸⁸ Sollten im Einzelfall wider jede vernunftgemäße Überlegung die Mitglieder wirklich auf einem Fortleben des sinnlos gewordenen Vereins bestehen, dann wird dadurch auch niemandem Schaden zugefügt.

¹⁸⁹ Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften, RGBl. I 914.

nicht an. § 81 kommt nicht schon dann zum Zuge, wenn der ursprüngliche Zweck aufgegeben wird, sondern erst dann, wenn ein anderer, unzulässiger Zweck erstrebt wird. Das ergibt sich eindeutig aus der Fassung „verfolgt sie andere Zwecke“. Auch hier wäre eine Auflösung nach § 81 daher unzulässig; sie kann ernsthaft erst dann diskutiert werden, wenn die Genossenschaft versucht, auf andere, ungenossenschaftliche Weise den Betrieb am Leben zu erhalten, etwa dadurch, daß sie die Produktion nunmehr an Stelle der als Produzenten fortgefallenen Mitglieder durch fest angestellte Arbeitskräfte durchführen läßt: Das wäre eine besondere Art des Nichtmitgliedergeschäftes, das am Ende dieser Arbeit noch zu behandeln sein wird.

Der Wegfall des Geschäftsbetriebs allein kann mithin eine Auflösung nie nach sich ziehen, solange die Genossenschaft den Betrieb zur Erreichung des Zweckes noch benötigen würde, solange der Wegfall also nicht die Folge einer Zweckänderung ist. Ob der Zweck oder auch nur der Betriebszweck tatsächlich noch erreicht werden kann, spielt keine Rolle.

II. Der Betrieb ist überflüssig.

Damit stellt sich von selbst die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb deshalb entfällt, weil er zur Zweckerreichung nicht mehr erforderlich ist. Das ist der Fall bei Vereinigungen, die nur als Verein gegründet werden könnten, wenn sie erst jetzt die Rechtsfähigkeit erlangen wollten: Der Unterschied zwischen Idealverein und wirtschaftlichem Verein liegt allein in der Art der Geschäftsführung. Eine Vereinigung, die zur Erreichung ihres statutarischen Zwecks einen wirtschaftlichen Betrieb nicht benötigt, kann als wirtschaftlicher Verein, und damit als Genossenschaft, nicht gegründet werden. Wie steht es aber, wenn sich erst später erweist, daß ein wirtschaftlicher Betrieb nicht oder nicht mehr vonnöten ist?

Der Zweck, der ohne wirtschaftlichen Betrieb erreicht werden kann, kann seinerseits wieder ein wirtschaftlicher oder ein idealer Zweck sein. Beide Fälle sind getrennt zu untersuchen.

1. Umstellung auf nicht wirtschaftlichen Zweck

Daß eine Genossenschaft weder einen wirtschaftenden Betrieb noch einen wirtschaftlichen Zweck hat, dürfte nicht häufig vorkommen. Man mag vielleicht an eine Wohnungsbaugenossenschaft denken, die sämtliche Mitglieder mit Wohnungen versorgt und nach Schuldentilgung auch die Wohnungen satzungsgemäß auf die Mitglieder übereignet hat. Die Aufgaben dieser Genossenschaft sind an sich vollendet. Beschränkt sie sich in der Zukunft darauf, die in der Zwischenzeit unter den Genossen entstandenen gesellschaftlichen Beziehungen zu pflegen und zu vertiefen, dann hat sie sich tatsächlich in einen Idealverein verwandelt.

Hier muß zunächst festgestellt werden, daß diese Genossenschaft ganz ein-

deutig keine geschäftlichen Zwecke verfolgt. Mit Ausnahme der Mitglieder selbst fehlt ihr aber auch jedes Definitionsmerkmal des § 1. Ja, sie hat nicht einmal mehr einen wirtschaftlichen Betriebszweck.

a) Das absichtlich kraß gebildete Beispiel bietet jedoch sofort Anlaß zu einer Einschränkung: Der Genossenschaft ist nicht jede Tätigkeit auf ideellem Gebiet verboten. Andernfalls müßte schon die Zulässigkeit so eingebürgerter Tätigkeiten wie der Beratung und Betreuung fraglich werden¹⁹⁰. Das ist nie bezweifelt worden und wird in Rechtsprechung und Lehre bei Untersuchung der Frage, ob eine ideelle Tätigkeit der Eintragung entgegenstehen kann, auch einstimmig anerkannt¹⁹¹. Hindert die ideelle Betätigung aber nicht einmal die Gründung, dann kann sie eine spätere Zwangsauflösung erst recht nicht zur Folge haben. Eine gesetzliche Bestätigung bietet § 1 Abs. 2 Nr. 2.

Die in der Literatur ausführlich behandelte Frage, wo die Grenzen zwischen noch unbedenklicher und schon bedenklicher Idealtätigkeit liegen, löst sich nach der hier gegebenen Definition des § 1 leicht. Solange ein wirtschaftender Betrieb vorhanden und zur Erreichung des ernsthaft verfolgten genossenschaftlichen Zwecks auch notwendig ist, kann die Nebenbetätigung, die keinen Wirtschaftsbetrieb erfordert, nie schädlich sein. Zu dem gleichen Ergebnis kommt auch die herrschende Lehre. Das hier benutzte Kriterium dürfte jedoch handlicher sein als die in der Literatur meist angewandte Grenzziehung, die es darauf abstellt, ob das eine oder das andere Ziel überwiege. Eine solche Entscheidung kann in allgemeingültiger Form nämlich nie erfolgen; sie kann allenfalls von Fall zu Fall neu gesucht werden. Und wie soll man entscheiden, welcher Zweck vorwiegt, wenn eine Vereinigung es sich zum Ziel gesetzt hat, das materielle und das geistige Wohl ihrer Mitglieder zu fördern? Vielleicht nach ethischen Maßstäben? Man wird es im Gegenteil nur darauf abstellen können, ob der für die wirtschaftlichen Zwecke erforderliche Betrieb so aufgebaut ist, daß er nicht nur als Anhängsel an eine Idealvereinigung erscheint, so daß also um seinen willen der Betrieb eines gewerblichen Unternehmens gerechtfertigt ist.

b) Der Erörterung wert sind daher nur die Fälle, in denen der wirtschaftende Betrieb völlig in den Hintergrund gedrängt worden ist. Wie schon erwähnt, scheint hier eine Auflösung nach § 81 möglich zu sein, und zwar unabhängig davon, ob man unter den geschäftlichen Zwecken des § 81 den Zweck des § 1 oder den Betriebszweck im Sinne von § 8 versteht. Man braucht sich aber keinen Illusionen darüber hinzugeben, daß die Wahrscheinlichkeit der Auflösung einer solchen Genossenschaft recht gering ist. Es ist nur schwer vorstellbar, daß ein Regierungspräsident, der das Ver-

¹⁹⁰ Vgl. dazu Henzler, Neugestaltung . . . S. 73; Westermann, Neugestaltung . . . S. 88/9.

¹⁹¹ Parisius-Crüger § 1 Anm. 12; Meyer-Meulenbergh § 1 Anm. 1 c a. E. und Anm. 1 d a. E.; Deumer, Recht der eG S. 54; Messerschmidt S. 105 m. w. N.; RGZ 133, 170; besonders instruktiv KGJ 14, 43.

fahren ja einleiten müßte¹⁹², großes Interesse daran haben sollte, die Auflösung einer Genossenschaft, die ihre Geschäftstätigkeit eingestellt hat, zu betreiben. Diese zunächst nur rein gefühlsmäßige Beurteilung darf bei der Prüfung des § 81 nicht übersehen werden. Woran liegt es, daß die Verwaltung kein Interesse haben kann, in Fällen wie dem hier angeführten einzugreifen?

Wie erwähnt, stand bei Erlaß des Gesetzes der Gedanke Pate, daß eine nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgende Vereinigung weitaus gefährlicher sei als eine Vereinigung, die sich auf dem als solider empfundenen Boden des Geschäftslebens bewegt. Dieser Gedankengang ist heute verschwunden; wir sind kaum noch in der Lage, ihn nachzuvollziehen, und können ihn lediglich als historisches Faktum hinnehmen. Sollte er daher tatsächlich der einzige Grund gewesen sein, aus dem heraus die Auflösbarkeit als gerechtfertigt angesehen werden könnte, dann würde die Anwendbarkeit des § 81 auf „Idealgenossenschaften“ jedenfalls starken Bedenken unterliegen.

Im ersten Hauptteil ist eingehend ausgeführt worden, daß sich ein eindeutiger Beweis für diese Gefährlichkeitstheorie wohl nicht mehr führen läßt, wenn auch sehr gewichtige Gründe dafür sprechen mögen. Hier muß die Frage jetzt aber umgekehrt gestellt werden: Wenn Erwägungen des öffentlichen Rechts als Rechtfertigung der Auflösung ausscheiden, was für andere Gründe können dann überhaupt bestehen?

Die Genossenschaft ist ein wirtschaftlicher Verein. Die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichem und nicht wirtschaftlichem Verein hat das Gesetz exakt durchgeführt. Es drängt sich daher der Gedanke auf, daß die gleichen Gründe, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, den Idealverein auf nicht wirtschaftliches Gebiet zu beschränken, ihn auch dazu bewegen haben, den wirtschaftlichen Verein ausschließlich auf wirtschaftliche Tätigkeit hinzu- lenken.

aa) Nun leuchtet aber beim Idealverein ohne weiteres ein, warum dieser sich nur auf außerwirtschaftlichem Gebiet bewegen darf. Es darf auf den zweiten Abschnitt verwiesen werden: Der Schutz der Beteiligten verlangt, den auf wirtschaftliches Verhalten nicht zugeschnittenen Verein vom Geschäftsleben fernzuhalten. Diese Begründung verfängt beim Wirtschaftsverein nicht. Weder die Belange der Beteiligten noch die der Allgemeinheit bedingen

¹⁹² In Nordrhein-Westfalen ist dieser nach wie vor die das Verfahren einleitende (und Ermessen ausübende, vgl. oben bei Anm. 18) Behörde; preußische VO vom 28. 5. 1890, GS S. 135. (Für den e. V., wo die Lage gleich ist, vgl. Staudinger 9. Aufl. § 44 Anm. 3a.) Für die Auflösung selbst ist nicht mehr der in der genannten VO bestimmte Bezirksausschuß, sondern das Verwaltungsgericht zuständig. Vgl. etwa § 2 der Westf. VO über die Wiederaufnahme der Tätigkeit der Verw.gerichte vom 2. 8. 1946, Mitt.blatt des Oberpräsi. der Prov. Westf. Nr. 13 S. 73. Parallele Vorschriften für das ganze Gebiet der Britischen Zone. Nordrhein: VO vom 29. 3. 1946, Mitt.NR S. 161; Lippe: VO vom 6. 2. 1947, Lippische GS Nr. 1 S. 30. Im einzelnen herrscht landesrechtliche Zersplitterung; vgl. etwa GVBl. Schleswig-Holstein 1951 S. 199, 201.

ein Verbot idealer Tätigkeit. Läßt man daher das wahrscheinliche Motiv des Gesetzes, der Idealverein sei ein politisch gefährliches Gebilde, nicht mehr gelten, dann sind schutzwürdige Interessen des Staates oder von Staatsbürgern, die das Verbot einer wirtschaftlichen Betätigung rechtfertigen könnten, nicht mehr ersichtlich. Ein solches Verbot könnte mithin nur dann verständlich erscheinen, wenn es nicht dem Schutz der hinter oder gegenüber der Genossenschaft stehenden Menschen, sondern dem Schutze der Vereinigung selbst dienen sollte. Diesen Gedanken hat Paulick¹⁹³ mit der Theorie von der „gesetzlichen Typenbeschränkung“ des näheren ausgeführt. Er sieht in dieser Typenbeschränkung ein dem Typenzwang¹⁹⁴ ähnliches gesetzestechnisches Mittel zur Beschränkung der Freiheit der Parteiendisposition. Angewandt werde dieses Mittel namentlich beim Verein und bei der Genossenschaft. Die Wahl des Typs „eingetragener Verein“ oder des Typs „eingetragene Genossenschaft“ sei daher nur zulässig, wenn die durch das Gesetz vorgeschriebene Form voll dem Inhalt der von den Gründern angestrebten Vereinigung entspricht. Damit erreiche der Gesetzgeber das rechtspolitische Ziel, daß sich die Form der Eigengesetzlichkeit der Materie anpasse und zum äußeren Ausdruck des Inhalts werde. Gerade bei der Genossenschaft sei dies besonders deutlich: Deren Gründung habe der Gesetzgeber besonders erleichtert¹⁹⁵, um es auch kapitalschwachen Kreisen weitgehend zu ermöglichen, sich dieser Rechtsform zu bedienen. Auf der anderen Seite habe das Gesetz, gerade wegen der Haftung der häufig geschäftsungewandten Genossen, jede Ausdehnung der Genossenschaft über ihre ureigenen Aufgaben, nämlich die Förderung der Mitglieder, die ja das Äquivalent für die Haftung ist, hinaus strikt unterbunden. Wo daher der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt überschritten werde, könne die erleichterte Form auch nicht mehr benutzt werden¹⁹⁶. Deshalb sei auch die nachträgliche Verwendung der für einen speziellen Zweck geschaffenen Form für Zwecke oder Tätigkeiten, die dieser Typ nicht vorsehe, nicht zulässig. Das sei die tiefere Bedeutung der §§ 43 Abs. 2 BGB und 81 Satz 2 GenG¹⁹⁷. § 81 sei also um der Genossenschaft selbst willen ergangen; wesentlich sei nicht der Schutz Dritter, sondern Entartungserscheinungen der Genossenschaften sollten in dem alleinigen Interesse der Genossenschaft selbst unterbunden werden¹⁹⁸.

Kann mit diesen Gedankengängen die Auflösung einer Genossenschaft

¹⁹³ Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, Tübingen 1954.

¹⁹⁴ wie er etwa im Sachenrecht herrscht; vgl. Palandt-Hoche Einl. 1b vor § 854 BGB.

¹⁹⁵ So auch Bundesjustizministerium S. 9; Schröder, Kapitalgrundlage . . . S. 310.

¹⁹⁶ Paulick a. a. O., S. 50.

¹⁹⁷ a. a. O., S. 24 ff., namentlich S. 27.

¹⁹⁸ ders., Lehrbuch S. 331. Westermann, Neugestaltung . . . S. 97, 99 spricht vom „Wesensschutz“ der Genossenschaft.

gerechtfertigt werden, die ihr Ziel auf ideales Gebiet verlegt hat, ohne dazu einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zu benötigen?

Zuzugeben ist zunächst, daß die genaue Beschreibung der Tätigkeit und des Endzwecks eine Besonderheit ist, die allein das Recht des Idealvereins, der Genossenschaft und in gewissem Umfang des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit kennt. Wenn von Caemmerer¹⁹⁹ ausführt, daß eine solche Beschränkung nicht nur bei den genannten Vereinigungen zu finden sei, da etwa die oHG dem Betrieb eines Handelsgewerbes diene oder die Partenreederei und die bergrechtliche Gewerkschaft Gesellschaftsformen für Spezialzwecke seien, so kann ihm nicht unbeschränkt zugestimmt werden: Bei der Reederei und der Gewerkschaft befaßt sich das Gesetz mit dem Betriebszweck, also mit dem, was in § 8 als „Zweck“ bezeichnet wird. Dieser Betriebszweck ist im Genossenschaftsrecht völlig frei; die Beschränkung des Endzwecks ausschließlich in ihrer Ausrichtung auf die Mitgliederwirtschaft dagegen kennt nur das Recht der Genossenschaft. Ob eine bergrechtliche Gewerkschaft gegründet wird, damit die Gewerken Geld verdienen, oder unter Ausschluß jeglicher Dividendenausschüttung zur Förderung eines aus politischen Gründen benötigten Minerals, spielt keine Rolle.

Aber selbst wenn das Gesetz in bemerkenswerter Weise Tätigkeit und Ziel, Form und Inhalt beschreibt, so folgt daraus noch nicht zwingend, daß ein Auseinanderklaffen von Form und Inhalt zur Auflösbarkeit führen müsse. Im Gegenteil bestehen gegen eine solche Annahme verschiedene Bedenken. So ist der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit eine besondere Form der Genossenschaft, wenn er auch wegen seiner speziellen Aufgabenstellung in mancher Beziehung von der Genossenschaft des GenG abweicht. Aber er ist ein nach dem Prinzip der Gegenseitigkeit aufgebautes Unternehmen, das die Eigenwirtschaften seiner Mitglieder dadurch fördert, daß es ihnen wirtschaftliche Risiken abnimmt. Er ist somit also selbst ein Beispiel der gesetzlichen Typenbeschränkung²⁰⁰. Also müßte man nun erwarten, daß auch das Versicherungsaufsichtsgesetz Maßnahmen gegen ein Abweichen des Inhalts von der Form trifft. Für die Mitglieder des VVaG wäre dies sogar noch wichtiger als für die Mitglieder der eG, da die Folgen, die ihnen aus dem Wegfall ihres Versicherungsunternehmens entstehen können, wohl schwerer wiegen als die beim Wegfall einer Konsumgenossenschaft drohenden Gefahren.

Das Gegenteil ist der Fall. Das VAG sieht Zwangsmaßnahmen gegen den VVaG nur für den Fall vor, daß die Erfüllung seiner Pflichten gefährdet erscheint²⁰¹, also nicht schon dann, wenn der Verein sich auf Gebiete begibt, für die er ursprünglich nicht zugeschnitten war. Darüber hinaus findet eine

¹⁹⁹ S. 166.

²⁰⁰ Als solches wird er von Paulick a. a. O., S. 24 Anm. 34 auch ausdrücklich bezeichnet.

²⁰¹ § 89 VAG.

Zwangsauflösung nur bei pflichtwidrigem schwerem Verstoß gegen das Gesetz statt²⁰². Die zuerst genannte Vorschrift dient eindeutig dem Schutz der Versicherten²⁰³; die zweite entspricht voll der ersten Alternative des § 81 GenG. Eine Parallelvorschrift zur zweiten Alternative fehlt. —

Beim eingetragenen Verein stimmt es ohne weiteres, daß das Gesetz zur leichteren Erreichung des Zwecks eine besonders leichte Form der Gründung zur Verfügung gestellt hat. Wird der vorgesehene Zweck nicht angestrebt, so erscheint es auch gerechtfertigt, diese Art der Gründung nicht zu gestatten. Bei der Genossenschaft ist die Lage aber doch anders. Bei Erlaß des Gesetzes mag die Gründung noch verhältnismäßig einfach gewesen sein. Inzwischen haben sich die Verhältnisse aber durch die Einführung der Pflichtmitgliedschaft beim Prüfungsverband²⁰⁴ erheblich gewandelt. Eine Genossenschaft, die nicht in jeder Weise verspricht, daß sie die an sie zu stellenden Anforderungen erfüllen wird, kann nicht mit der Aufnahme in den Prüfungsverband rechnen und wird somit die Rechtsfähigkeit nicht erlangen. Im Gegenteil muß heute die Gründung einer GmbH wesentlich einfacher erscheinen als die einer rechtsfähigen Genossenschaft. Es genügt das geringe eingezahlte Kapital von DM 5 000,—²⁰⁵, eine Summe, mit der sich der Prüfungsverband einer Genossenschaft wohl nur in den seltensten Ausnahmefällen begnügen würde. Wird die Einzahlung dieser 5 000,— DM nachgewiesen, dann muß die Eintragung der GmbH selbst dann erfolgen, wenn sie offensichtlich nicht lebensfähig scheint. Dagegen wird der Prüfungsverband die Fähigkeiten der Geschäftsleitung und die sonstigen Voraussetzungen einer günstigen Entwicklung auf das genaueste untersuchen. Bei der GmbH geschieht nichts dergleichen. — Daß demgegenüber das Statut der Genossenschaft nur schriftlich errichtet zu werden braucht, nicht in notarieller Form wie der Gesellschaftsvertrag der GmbH²⁰⁶, kann als wesentliche Formerleichterung wirklich nicht angesehen werden²⁰⁷.

Am schwersten wiegt aber wohl folgender Einwand: Wenn das Gesetz den Typus so stark schützen will, daß es seine Reinheit gegebenenfalls durch die Vernichtung der Formen, die diesem Reinheitsgebot nicht entsprechen, zu erhalten bereit ist, dann stellt sich doch sofort die Frage, warum dieser Typenschutz so scharf durchgeführt werden muß. Beim Verein leuchtet das wegen der schon besprochenen Gefährlichkeit ein; auch bei der noch zu

²⁰² § 87 VAG.

²⁰³ und gilt daher auch für Versicherungs=Aktiengesellschaften.

²⁰⁴ § 11 Abs. 2 Nr. 4.

²⁰⁵ § 5 Abs. 1 und § 7 Abs. 2 GmbHG.

²⁰⁶ § 5 GenG; § 2 GmbHG.

²⁰⁷ von Caemmerer S. 182; Reinhardt, Gen. Zusammenschlüsse S. 266. — Erst recht gelten diese Überlegungen für den VVaG: Dort herrscht (§ 15 VAG) nach wie vor das uneingeschränkte Konzessionssystem. Immerhin könnte man den VVaG wegen der Besonderheit seiner Geschäfte aber auch als verständliche Ausnahme ansehen.

erörternden Dividendengenossenschaft mag einleuchten, daß die Äquivalenz der Haftpflicht für das wirtschaftliche Handeln des Vereines nur so lange aufrecht erhalten bleiben soll, als die Vorteile dieses Handelns den Mitgliederwirtschaften unmittelbar zugute kommen. Das sind jedoch Gründe, die hinter dem Typenschutz stehen. Solche Gründe sind bei einer Vereinigung, die sich auf nicht wirtschaftliches Gebiet verlegt hat, nicht ersichtlich. Und daß der Typ wirklich nur um seinetwillen geschützt werden soll, erscheint zweifelhaft. Die Genossenschaft ist kein Selbstzweck, sondern für die in ihr zusammengeschlossenen Menschen bestimmt. Wenn daher das Gesetz, dessen Aufgabe es ist, die konkreten Interessen verschiedener Rechtssubjekte gegeneinander abzuwägen, ein bestimmtes Rechtsinstitut von einer bestimmten Verhaltensweise ausschließt, dann geschieht das also nicht um dieses Instituts selbst willen, sondern weil irgendwelche sonstigen schutzwürdigen Interessen die Anwendung verbieten²⁰⁸. Deshalb darf die Lebensversicherung nur von wenigen bestimmten Gesellschaftsformen betrieben werden, bei denen die Gewähr, daß sie die einzelnen, sich oft über Jahrzehnte erstreckenden Geschäfte einwandfrei erfüllen werden, am größten erscheint²⁰⁹. Auch der Idealverein ist nicht deshalb vom Wirtschaftsleben ausgeschlossen, weil sein „Typ“ geschützt werden muß, sondern weil er für das Wirtschaftsleben nicht paßt. Nur solche hinter dem Typenschutz stehende Gründe sind es, die den Ausschluß des Vereins vom Wirtschaftsleben rechtfertigen. Das Verbot wirtschaftender Tätigkeit ist das Ergebnis einer Güterabwägung.

Nicht anders kann es bei der Genossenschaft liegen. Auch hier kann aus der Typenbeschränkung allein auf eine Auflösung beim Abweichen vom Typ (hier: bei der Verfolgung idealer Zwecke) nicht geschlossen werden. Ein solcher vom Gesetzeswortlaut jedenfalls nicht eindeutig gedeckter Schluß wäre erst dann zulässig, wenn die schutzwürdigen Interessen aufgespürt sind, die es erheischen, die schärfste dem Staat überhaupt zur Verfügung stehende Waffe gegen die Genossenschaft anzuwenden. Der Typ als solcher ist wertneutral und kein zu schützendes Rechtsgut.

Diese Überlegungen werden durch § 149 untermauert. Der Begriff „geschäftliche Zwecke“ hat dort dieselbe Bedeutung wie in § 81²¹⁰. Auflösung und Bestrafung sind also nur bei Vorliegen desselben Sachverhalts, Verfolgung verpönter Zwecke, zulässig. Man wird also feststellen können, daß bestraft nur dort werden kann, wo die Auflösung möglich ist, und daß umgekehrt das Auflösungsverfahren nur dort betrieben werden kann, wo Strafe verhängt werden kann. Eine Strafbarkeit wegen Abweichens vom

²⁰⁸ Schröder, Erwerb und Verlust . . . S. 179/80 sieht in diesem Zusammenhang nur drei vertretbare Gründe: Gläubigerschutz, Mitgliederschutz, Unternehmensschutz.

²⁰⁹ § 7 Abs. 2 VAG.

²¹⁰ Vgl. Fuchs S. 204.

Typ wäre nach § 149 aber ausgeschlossen. Strafe wird nur dann angedroht, wenn ein bestimmtes Rechtsgut besonders schutzwürdig erscheint²¹¹. Bei der Auslegung von Strafbestimmungen ist daher nach dem geschützten Rechtsgut zu forschen. Dieses müßte also der Typ selbst sein. Die Verletzung einer bloßen Rechtsform kann aber kein strafwürdiges Unrecht sein, wenn darin nicht gleichzeitig eine Verletzung des Rechtsgutes liegt, für das diese Rechtsform geschaffen worden ist. Die bloße Feststellung, daß von einem Typ abgewichen worden ist, kann eine Tat nicht zu kriminellem Unrecht abstempeln. Andernfalls müßte der Staatsanwalt eingreifen, wenn eine Genossenschaft sich auf rein ideelles Gebiet begibt; aber worin sollte er das strafwürdige Verhalten des Vorstands erblicken?

Daß der Typ „Genossenschaft“ nicht für die Verfolgung ideeller Zwecke vorgesehen ist, kann mithin als Begründung für die Annahme, daß eine Genossenschaft, deren Betrieb wegen Umstellung auf ideale Zwecke eingestellt worden ist, nach der zweiten Alternative des § 81 aufgelöst werden könnte, nicht angesehen werden. Eine andere Begründung aber scheint nicht ersichtlich zu sein. Der einzige Grund, der die Anwendbarkeit des § 81 zu motivieren schien, der Gedanke der politischen Gefährlichkeit, ist – ganz abgesehen davon, daß er sich nicht mehr voll erweisen läßt – heute nicht mehr diskutabel²¹². Nachdem der Gedanke der Vereinigungsfreiheit sich im Rechtsbewußtsein immer mehr durchgesetzt hat und schließlich sogar in der Verfassung verankert worden ist, besteht keine Berechtigung mehr zur Auflösung aus Gründen, die das Wohl der Allgemeinheit oder wenigstens einzelner ihrer Mitglieder in keiner Weise berühren können. Die zweite Alternative des § 81 kann daher, da weder ihr Wortlaut zu einer solchen Auslegung zwingt noch eine entsprechende Ansicht gesetzgebender Organe festgestellt werden kann, nicht zur Vernichtung einer Genossenschaft führen, die sich unter Betriebsaufgabe auf ideelles Gebiet verlegt hat.

bb) Ein letzter Einwand bleibt zu entkräften: Wenn § 81 hier nicht mehr anwendbar ist, dann ließe sich schließen, daß § 1, auf den sich § 81 ja gerade bezieht, ebenfalls anders zu lesen sein müßte. Also müßte wohl auch ein Gebilde, das alle Anforderungen des Bürgerlichen Vereinsrechts erfüllt, als eingetragene Genossenschaft gegründet werden können?

Die Entwicklung, die die Rechtsprechung zu § 1 genommen hat, legt einen solchen Schluß nahe. Dennoch wäre er ein Trugschluß. Wenn es auch nicht angängig erscheint, eine solche Genossenschaft nach § 81 zu vernichten, nachdem sie einmal gezeigt hat, daß sie lebensfähig und – wenigstens nach Ansicht ihrer Mitglieder – auch notwendig ist, so ist damit noch nicht gesagt, daß diese Vereinigung von vornherein auch als Genossenschaft hätte gegründet werden können, sofern sie die einer Genossenschaft zugeordneten

²¹¹ Schönke-Schröder StGB, § 2 Anm. VI 2.

²¹² Für politisch wirklich gefährliche Verstöße bleibt die erste Alternative des § 81 natürlich anwendbar.

Tätigkeiten von vornherein nicht erfüllen wollte. Das ist nämlich ein ganz anderes Problem. Bei der Eintragung geht es darum, dem entstehenden Gebilde die Form zuzuweisen, die ihm voraussichtlich am besten passen wird. Ist das die Form des Vereins, dann ist kein Grund ersichtlich, die für alle Beteiligten, einschließlich der beteiligten Staatsorgane, beschwerlichere Form der Gründung nach dem Genossenschaftsgesetz zu wählen. Dieser Vereinigung wird also kein Unrecht getan, wenn sie auf die für sie zugeschnittene und für sie auch bequemere Form des eingetragenen Vereins verwiesen wird. Ganz anders aber liegen die Dinge bei der Auflösung. Durch ihre bloße von den Mitgliedern getragene Existenz hat die Vereinigung eine Lebensberechtigung erworben, und mit einiger Wahrscheinlichkeit wäre der nächste Schritt nach der Auflösung die Neugründung als Verein oder in passenden Fällen gar als GmbH. § 81 hätte dann nur eine Veränderung der äußeren Rechtsform zur Folge, die allen Beteiligten Mühe und Kosten verursacht; alles andere bliebe beim alten. Der Erfolg der mühsamen Prozedur wäre also nur, daß die Vereinigung zum Schluß in einem anderen Register steht²¹³. Auch hier zeigt sich also wieder, daß es seine guten Gründe hat, bei der Eintragung schärfere Maßstäbe anzulegen als bei der Auflösung, wie am Anfang dieses Abschnittes bereits ausgeführt wurde.

2. Umstellung auf anderen wirtschaftlichen Zweck

Daß der wirtschaftende Geschäftsbetrieb einer Genossenschaft wegen einer Änderung des Zwecks entfällt, muß seine Ursache nicht notwendig darin haben, daß der neue Zweck von nicht wirtschaftlicher Natur ist. Man stelle sich vor, daß die vor Anm. 190 genannte Wohnungsbaugenossenschaft nach Beendigung ihrer Aufgaben dazu übergeht, ihre Mitglieder nach Art eines Haus- und Grundbesitzervereins zu betreuen. Die Mitglieder werden also weiterhin wirtschaftlich gefördert, wenn auch ein wirtschaftender Betrieb der Vereinigung nicht mehr benötigt wird. Sicher ist, daß auch diese Genossenschaft, wenn ihre Gründung erst heute erfolgen sollte, nur als eingetragener Verein ins Leben gerufen werden könnte²¹⁴. Daraus allein folgt aber noch nicht ihre Auflösbarkeit.

Auch hier muß vorab darauf hingewiesen werden, daß eine nur nebenher erfolgende nicht wirtschaftende Tätigkeit in keinem Fall schaden kann. Daher verbietet das Gesetz einer Wohnungsbaugenossenschaft, die, anders als im eben genannten Falle, ihre ursprünglichen Aufgaben noch nicht abgeschlossen hat, die Beratung ihrer Mitglieder in allen Fragen des Hausbaus und der Hausverwaltung nicht²¹⁵. Eine nicht wirtschaftende Tätigkeit ist, wie § 1 Abs. 2 Nr. 1 ganz allgemein beweist, sogar dann gestattet, wenn sie

²¹³ von Caemmerer S. 177; Westermann, Neugestaltung . . . S. 86/87.

²¹⁴ RGZ 88, 333.

²¹⁵ Vgl. § 3 Nr. 7 des Ges. zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung, RGBl. 1935 I S. 1478. Ebenso Henzler, Neugestaltung . . . S. 73.

nicht unmittelbar der Verfolgung des Hauptzwecks dient. Vom Standpunkt des Genossenschaftsgesetzes aus ist es daher in jedem Falle, also sowohl bei der Gründung als im späteren Stadium, unbedenklich, wenn etwa eine gewerbliche Absatzgenossenschaft zur Verhinderung von Schleuderverkäufen mit ihrer Konkurrenz ein Preiskartell gründet oder gar die Verwaltung dieses Kartells übernimmt. Auch hier setzt daher die eigentliche Problematik erst dann ein, wenn die ursprüngliche Tätigkeit so weit in den Hintergrund getreten ist, daß von einem dem Zweck dienenden wirtschaftenden Betrieb im Ernst nicht mehr gesprochen werden kann, wenn also, wie Reinhardt²¹⁶ es ausdrückt, das Prinzip nicht mehr erhalten ist.

Dann scheint die Lösung aber hier einfach zu sein. Wenn schon die Verfolgung idealer Zwecke kein genügender Grund zur Auflösung ist, dann kann es die Verfolgung von Zwecken, die immerhin mit dem Wirtschaftsleben ihrer Mitglieder noch in Verbindung stehen, erst recht nicht sein. Dem entspricht der Wortlaut des Gesetzes. Verboden ist nur die Verfolgung anderer als der im Gesetz genannten Zwecke. Darum handelt es sich hier gar nicht. Der Zweck bleibt geschäftlich; die Mitglieder sollen nach wie vor in ihrer Wirtschaftsführung unterstützt werden, und das sogar durch Benützung des Betriebs der Genossenschaft. Die einzige Veränderung liegt darin, daß dieser Betrieb selbst kein wirtschaftender Betrieb mehr ist, also mit der Außenwelt nicht mehr so stark in Berührung kommt, daß seine Unterstellung unter ein handelsrechtliches Organisationsgesetz zwingend erforderlich erscheint. Übrig geblieben ist lediglich eine Geschäftsstelle, wie sie jeder Interessenverband aufweist.

Zuzugeben ist natürlich, daß ein solcher wirtschaftender Betrieb als Gründungsvoraussetzung zwingend ist. Sein Wegfall muß jedoch anders betrachtet werden. § 81 stellt es auf den Zweck ab; wegen der engen Verbindung von Zweck und Mittel in § 1 mag § 81 immerhin dahin verstanden werden, daß eine Auflösung schon wegen Wegfalls dieser Relation erfolgen kann. Das ist nach herrschender Lehre der Fall, wenn die Mitgliederwirtschaften nicht unmittelbar gefördert werden, nach der hier vertretenen Auffassung dann, wenn der Geschäftsbetrieb kein gemeinsamer mehr ist, weil seine Funktionen nicht aus den Mitgliederwirtschaften ableitbar sind. Diese Fragen werden noch zu erörtern sein²¹⁷. Für eine noch weitere Auslegung des § 81 aber ist kein Raum. Dafür, daß eine Auflösung schon dann droht, wenn die Relation Zweck–Mittel überhaupt nicht gestört ist und sich lediglich der Betrieb zu einer bloßen Verwaltungs- oder Beratungsstelle zurückgebildet hat, gibt § 81 keinen Anhaltspunkt.

Es spielt also keine Rolle, ob der Wegfall des wirtschaftenden Betriebs darauf zurückzuführen ist, daß der Zweck nicht mehr erreicht wird, oder darauf, daß der Zweck, sei er wirtschaftlich, sei er nicht wirtschaftlich, auch

²¹⁶ Genossenschaftliche Zusammenschlüsse S. 271.

²¹⁷ Vgl. unten B II.

ohne Zuhilfenahme eines wirtschaftenden Betriebs erreicht werden kann: Der Wegfall des wirtschaftenden Betriebs allein kann nie eine Auflösung der Genossenschaft nach sich ziehen.

B. Auflösung trotz vorhandenen Geschäftsbetriebs?

Wenden wir uns nun der Untersuchung der Frage zu, ob es Fälle geben kann, in denen § 81 eingreift, obwohl ein wirtschaftender Betrieb noch vorliegt. Auch hier werden Unterscheidungen zu ziehen sein. Es ist nämlich möglich, daß der Geschäftsbetrieb noch gemeinschaftlich ist; das wird unter I. untersucht. Es ist aber ebenso möglich, daß der Geschäftsbetrieb nicht mehr gemeinschaftlich ist, also nicht aus den Mitgliederwirtschaften ableitbare Funktionen wahrnimmt; dies wird unter II. untersucht.

I. Der Geschäftsbetrieb ist gemeinschaftlich

Ist eine Auflösung nach § 81 möglich, wenn ein gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliegt, also ein wirtschaftlicher Betrieb, der aus den Mitgliederwirtschaften ausgeklammerte Funktionen ausübt?

Hier wird noch eine weitere Unterteilung vorgenommen werden können; der gemeinschaftliche Betrieb kann entweder eine Förderung der Mitgliederwirtschaften bezwecken — dies wird unter 1. behandelt. Es ist aber auch denkbar, daß er eine Förderung der Mitgliederwirtschaften nicht bezweckt — dies wird unter 2. behandelt.

1. Der Geschäftsbetrieb dient der Mitgliederförderung

Der Fall, daß eine Auflösung trotz eines die Mitgliederförderung anstrebenden gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs erwogen werden kann, kommt in verschiedenen Variationen vor:

Neuerdings ist mitunter das Problem der „Mehrzweckgenossenschaften“ behandelt worden: Eine Genossenschaft nimmt Tätigkeiten auf, die die Satzung ursprünglich nicht vorsah. Eine solche Ausweitung verstößt nach Ansicht einiger Autoren gegen das Gebot, daß die Genossenschaft grundsätzlich nur den Mitgliederwirtschaften wesenseigene Funktionen wahrnehmen soll, und soll daher unterbunden werden²¹⁸.

Die Einrichtung eines solchen neuen Geschäftsbetriebs kann mannigfache Gründe haben. Es ist denkbar, daß er nur helfen soll, den bisherigen Betriebszweck nachhaltiger zu erreichen. Es ist ebenso denkbar, daß der neue Betrieb der Erreichung eines neuen Betriebszwecks dienen soll.

²¹⁸ Vgl. oben Anm. 58.

a) Neuer Betrieb für alten Betriebszweck

Der zuerst genannte Fall ist unproblematisch. Unwandelbar ist nur der Förderungszweck, der durch den wirtschaftenden Betrieb zu erreichen ist. Darüber, wie der Betrieb ausgestaltet werden soll, läßt sich das Gesetz nicht aus. Entsprechende Bestimmungen können auch gar nicht erlassen werden, da jede Genossenschaft ihren eigenen Betrieb hat und sich ihr Gesicht selbst prägen muß. So kann einer Konsumgenossenschaft, deren Aufgabe die vorteilhafteste Versorgung ihrer Mitglieder mit Verbrauchsgütern ist, nicht vorgeschrieben werden, wie sie sich dieser Aufgabe entledigt. Sie kann, was das einzelne Mitglied nicht könnte, beim Großhandel kaufen. Sie kann direkt beim Erzeuger kaufen. Sie kann schließlich diese Stufe auch noch auslassen und selbst Erzeuger werden. Der Mitgliederförderung kann dies nur zugute kommen. Vom Standpunkt des § 81 aus kann daher nicht beanstandet werden, wenn eine Konsumgenossenschaft eine Zigaretten- oder Marmeladenfabrik betreibt.

b) Neuer Geschäftsbetrieb für neuen Betriebszweck

Wie ist es nun, wenn der neue Betrieb dem Aufbau eines neuen Betriebszwecks dient? Eine Bezugs- und Absatzgenossenschaft geht zum Beispiel dazu über, ihre Mitglieder auch mit Konsumgütern des täglichen Bedarfs zu versorgen. Damit betreibt sie einen Geschäftszweig, der in der ursprünglichen Satzung nicht vorgesehen war. Den Zweck des § 1, die Mitgliederförderung, erfüllt sie aber nach wie vor, wenn auch auf andere, neue Weise. Zur Erfüllung dieser neuen Aufgaben könnte jederzeit eine neue Genossenschaft gegründet werden. Diese hätte die gleichen Mitglieder; es ließe sich nicht einmal beanstanden, wenn auch die übrigen Organe die gleiche Zusammensetzung hätten wie die „Muttergenossenschaft“. Dann ist aber nicht einzusehen, warum die Erfüllung beider Aufgaben durch eine einzige Genossenschaft unzulässig sein sollte. Es gibt keine gesetzliche Forderung, daß eine Genossenschaft ihren Mitgliedern nur in jeweils einer Beziehung dienen dürfte. Andernfalls müßte schon die Bezugs- und Absatzgenossenschaft als Mehrzweckgenossenschaft angesehen werden. Nach dem jetzigen Rechtszustand kann gegen solche Mischformen, die im übrigen recht häufig sind, nicht vorgegangen werden. Oft werden zum Beispiel Spar- und Darlehnskassen nebenbei als Bezugsgenossenschaften für ihre Mitglieder tätig²¹⁹. Nicht anders liegt es, wenn eine Einkaufsgenossenschaft das Delkrederegeschäft betreibt, das auch über den Rahmen des Beschaffens von Waren hinausgeht und schon stark bankmäßigen Charakter trägt. Die Vereinbarung solcher Geschäfte mit dem Kreditwesengesetz kann hier nicht untersucht

²¹⁹ Vgl. den speziell hierfür geschaffenen Abschnitt 61 Abs. 2 KStRL. Ähnlich Abschn. 63 KStRL und die bei Parisius=Crüger § 1 Anm. 9 erwähnten Rohstoff- und Konsumvereine.

werden²²⁰; § 81 ist jedenfalls nicht anwendbar, da nach wie vor die Mitgliederwirtschaften durch einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb unterstützt werden.

Die Zulässigkeit solcher Tätigkeit kann nun nicht davon abhängen, ob eine formelle Satzungsänderung erfolgt ist oder nicht. Diese mag erwünscht sein, schon, damit der Vorstand den anderen Organen gegenüber zur Aufnahme des neuen Geschäfts, das sich ja auch als Verluste bringend erweisen kann, gedeckt ist. Trotzdem bleibt das neue Geschäft auch dann, wenn es in der Satzung nicht erwähnt ist, im Rahmen des § 1 und kann daher Konsequenzen nach § 81 nicht nach sich ziehen. Denn eine Bestimmung, daß eine Genossenschaft nur Geschäfte abschließen darf, die in der Satzung vorgesehen sind, gibt es nicht.

Die soeben erwähnte Kritik, eine Genossenschaft solle sich auf die den Genossen wesenseigene Tätigkeit beschränken, kann somit nicht beanstandet werden, wenn berücksichtigt wird, daß „wesenseigen“ jede Tätigkeit ist, die den Mitgliedern bei der Führung der eigenen Wirtschaften hilft. Die Aufnahme eines neuen Geschäftszweiges kann daher nie zur Auflösung führen, wenn es statt dessen zulässig wäre, eine neue Genossenschaft zu gründen, die mit der Durchführung der neuen Geschäfte beauftragt werden könnte²²¹.

Wie steht es also, wenn zum Beispiel eine Konsumgenossenschaft ihre Satzung dahin ändert, daß sie als neuen zusätzlichen Betriebszweck die Annahme von Spargeldern ihrer Mitglieder für ein bestimmtes Kreditinstitut ausweist?

Ein solches Gebilde mit dieser Tätigkeit allein würde schwerlich als neue Genossenschaft eingetragen werden können; denn der Mitgliederförderung dient eine solche Tätigkeit wohl kaum noch. Natürlich werden die Mitglieder unterstützt, wenn ihnen die Möglichkeit geboten wird, ihre Ersparnisse günstig anzulegen. Aber diese Möglichkeit wird von der Genossenschaft ja gerade nicht geboten; das tut erst das hinter ihr stehende Kreditinstitut. Alles, was die Genossenschaft ihrem Kunden abnimmt, ist also lediglich der Weg zum Bankschalter. Das ist keine wirtschaftliche Förderung.

Die Lösung ist nicht einfach. Oben²²² ist entwickelt worden, daß eine nebenher stattfindende Verfolgung nicht wirtschaftlicher Zwecke nicht verboten ist. Wenn daher die Genossenschaft diesen Geschäftszweig wirklich nur betreiben sollte, um ihren Mitgliedern das Einzahlungsgeschäft zu erleichtern, wird man wohl noch zu sagen haben, daß das Genossenschaftsgesetz²²³ dem nicht entgegensteht. Wahrscheinlicher ist jedoch, daß die Genossenschaft das doch nicht ganz einfache, aber recht verantwortungsvolle Geschäft

²²⁰ Zulässig nach Meyer=Meulenbergh § 1 Anm. 3a.

²²¹ So wohl auch Parisius=Crüger § 1 Anm. 10, wo angeführt wird, daß Schuster keine Schneider=Einkaufsgenossenschaft gründen können.

²²² bei Anm. 191.

²²³ Auf die schwerwiegenden Bedenken, die sich aus KWG und Wettbewerbs=gesetzen ergeben, kann hier nicht eingegangen werden.

nicht nur beginnt, um ihren Kunden einen kleinen Fußmarsch zu ersparen, sondern weil sich ihr das Kreditinstitut durch Provision oder Einräumung zinsgünstiger Kredite erkenntlich zeigt. Ist dies so, dann ist die Meinung vertretbar, daß diese Genossenschaft ein Geschäft betreibt, das keinen Zusammenhang mit den Eigenwirtschaften der Mitglieder mehr hat und nur wegen des Gewinns, allenfalls zur Förderung des Kreditinstituts, vorgenommen wird. Allerdings wird es hier sehr auf die Umstände des Einzelfalles ankommen. Denn zum Beispiel darf der Genossenschaft durch das Genossenschaftsgesetz sicher nicht verwehrt werden, auf solche Weise mit ihrer Hausbank, auf die sie angewiesen ist, in näheren und für ihre Mitglieder nützlichen Kontakt zu kommen. Auf der anderen Seite darf man nicht übersehen, daß mit fast derselben Begründung der Genossenschaft gestattet werden könnte, sich bei ihrem Lieferanten durch Bezug überhöhter und nur an Nichtmitglieder absetzbarer Warenmengen Mengenrabatt zu verschaffen. Weiterhin dürfte sicher sein, daß eine Vereinigung, die dieses Geschäft allein betreiben will, als eingetragene Genossenschaft nicht gegründet werden könnte: Das wäre eine verkappte Filiale der Bank mit dem Zweck der Förderung der Bank, nicht der Mitglieder.

Eine allgemein gültige Entscheidung wird sich für diesen Grenzfall nicht treffen lassen. Bei Abwägung aller Argumente wird man ungefähr folgende Linie aufstellen können: Solange das Spargeschäft noch damit motiviert werden kann, daß im Mitgliederinteresse die Beziehungen zu der Bank gepflegt werden sollen, wird eine Auflösung unzulässig sein. Wird dieses Geschäft aber zum Selbstzweck und aus Gewinnstreben betrieben, dann kann die Entscheidung nicht anders lauten als bei sonstigen gewinnbringenden Geschäften, die den Bedürfnissen der Mitgliederwirtschaften nicht angepaßt sind. In diesem Falle werden daher, wenn das Geschäft den Charakter eines Hauptzwecks annimmt, die zur Dividendengenossenschaft entwickelten Grundsätze²²⁴ angewendet werden können.

c) Ausübung des Geschäftsbetriebs durch Dritte

Da Vorschriften über die Beschaffenheit und Durchführung des Betriebs nicht bestehen, können auch keine Bedenken dagegen erhoben werden, daß die Genossenschaft ihrerseits einen Teil ihrer von den Mitgliedern übernommenen Funktionen ausgliedert und Dritten zur Erfüllung überläßt. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß im Steuerrecht etwa die Verarbeitung von Butter für eine Molkereigenossenschaft durch Dritte im Werklohnverfahren körperschaftssteuerlich als unschädlich angesehen wird²²⁵. Dies ist um so beachtlicher, als § 31 KStDV kompromißloser ist als die schärfsten Anhänger der „reinen“ Genossenschaft: Er läßt wesensfremde Geschäfte ganz grundsätzlich nicht zu.

²²⁴ Vgl. unten II 1.

²²⁵ Belege bei Zülow-Henze-Schubert, Seite 79.

aa) Teilweise Funktionsübertragung

Eine Konsumgenossenschaft kann mithin nicht gezwungen werden, die von ihr betriebene Zigarettenfabrik unter eigener Leitung und Verantwortung zu führen. Es steht ihr frei, sich an einer solchen Fabrik auch nur zu beteiligen²²⁶. Aus dem gleichen Grund ist die Beteiligung an Genossenschafts-Genossenschaften statthaft. Voraussetzung ist lediglich, daß diese Beteiligung ihrerseits der Förderung der Mitgliederwirtschaft dienen soll²²⁷. Das ist natürlich auch dann der Fall, wenn die Genossenschaft erst durch die Beteiligung an einem anderen Unternehmen zur Förderung der Mitglieder befähigt wird. Ein Konsumverein darf also seine Kreditbedürfnisse durch Anschluß an eine Volksbank befriedigen. Das dient der Mitgliederförderung, auch wenn die Mitglieder dadurch nicht „unmittelbar“ unterstützt werden²²⁸. Da die Genossenschaft berechtigt ist, ihre Fabrik als nicht rechtsfähige eigene Abteilung zu führen, muß es ihr weiterhin auch unbenommen bleiben, ihr Verhältnis zu einer Fabrik mit eigener Rechtspersönlichkeit so zu ordnen, daß praktisch das gleiche Ergebnis erzielt wird, als wäre die Fabrik nur eine unselbständige Betriebsstätte der Genossenschaft. Der Abschluß von Konzernverträgen, Verlustübernahmeverträgen und ähnlichen Vereinbarungen wäre daher nach § 81 ebenfalls nicht zu beanstanden. Eine Ausgliederung von Funktionen der Genossenschaft auf Dritte ist somit durchweg gestattet. Sollte indes die Beteiligung²²⁹ an einer Aktiengesellschaft in keinem Zusammenhang mit den Bedürfnissen der Mitglieder mehr stehen, dann hat die Genossenschaft keine eigenen, nämlich von den Mitgliedern abgeleiteten Funktionen ausgegliedert. Die hieraus entstehenden Fragen werden gesondert behandelt²³⁰.

bb) Volle Funktionsübertragung

In diesen Zusammenhang gehört auch folgende Frage: Kann eine Genossenschaft aufgelöst werden, die ihren gesamten Betrieb verpachtet?

Es ist dies die gleiche Frage wie eben; der Unterschied ist nur quantitativ. Die Quantität ist allerdings erheblich. Wurden dort nur einige Funktionen übertragen, so bleibt jetzt für die Verpächterin eine bemerkenswerte eigene Tätigkeit nicht mehr übrig.

Solche Fälle kommen, besonders bei Molkereigenossenschaften, mitunter vor, wenn die Rentabilität des Betriebes zu wünschen übrig läßt. Meist über-

²²⁶ Piltz-König S. 19. Vgl. auch das „Marken-Lieferantengeschäft“ von RGZ 78, 78.

²²⁷ § 1 Abs. 2 Nr. 1. Umgekehrt zeigt § 43 Abs. 4, daß auch die Mitglieder einer eG (Zentralgenossenschaft) juristische Personen sein können.

²²⁸ Vgl. oben bei Anm. 77 bis 80.

²²⁹ Die Beteiligung! Die Anlage verfügbarer Mittel in Aktien kann genau so wenig untersagt werden wie die Anlage in anderen Wertpapieren. Sie kann allenfalls einmal den Schluß auf zu hohe Reservenbildung zulassen. Dadurch allein ändert sich aber der Förderungscharakter nicht.

²³⁰ Vgl. unten II 2.

läßt die verpachtende Genossenschaft dem Pächter das Einzugs- und Absatzgebiet und den gesamten Verarbeitungsbetrieb. Das geschieht in zwei Varianten: Entweder war der Pächter schon vor der Übernahme als Milchverarbeitungsstelle tätig und erweitert somit nur seinen Betrieb auch auf den Kundenkreis des Verpächters²³¹. Dieser Weg wird im allgemeinen nur beschritten, wenn der übernehmende Betrieb bereits ein starkes Übergewicht hat. Sonst greift man lieber zu der zweiten Variante: Es wird, meistens von mehreren Genossenschaften, eigens eine neue Gesellschaft gegründet, die die gemeinsamen Belange der bisher selbständigen Betriebe wahrnehmen soll²³². In beiden Fällen ist das Ergebnis das gleiche: Die Tätigkeit der formell selbständig gebliebenen Verpächter beschränkt sich im wesentlichen auf die Verwaltung und Verteilung der Pachtgelder.

Vom betriebswirtschaftlichen Standpunkt aus dürfte eine solche Verfahrensweise nicht zu beanstanden sein; die Prüfungsverbände tun es auch nicht. Die Genossenschaft wird nicht gezwungen, den unrentablen Betrieb schnell, das heißt mit Verlust, aufzulösen, sondern kann einen günstigeren Zeitpunkt abwarten. Die Erfahrung zeigt, daß meistens eher oder später eine Auflösung der Verpächter nach dem Reichsgesetz vom 9. 10. 1934 erfolgt. Im allgemeinen ist die Verpachtung daher ohnehin der erste Vorbote der Auflösung. Zuzugeben ist indes, daß das nicht zwingend so sein muß: Eine Genossenschaft, der jedes Nichtmitgliedergeschäft durch ein — zur Zeit nicht bestehendes — Gesetz verboten wäre, könnte zum Beispiel auf den Ausweg der Verpachtung ihres Betriebs an eine GmbH verfallen, um auf diese Weise die mit dem Verbot verbundenen Schwierigkeiten zu umgehen.

Die herrschende Lehre²³³ hält die Eintragung einer Genossenschaft, die von vornherein die Verpachtung plant, für unzulässig, sieht aber in einer späteren Verpachtung keinen Auflösungsgrund nach § 81. In jüngerer Zeit wird jedoch wieder stärker darauf hingewiesen, daß hier die Mitglieder nicht mehr mittels eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs gefördert würden²³⁴, wodurch die Möglichkeit der Auflösung nahegelegt wird.

Zunächst ist festzustellen, daß eine Förderung der Mitglieder nach wie vor vorhanden ist. Auch ein wirtschaftlicher Betrieb mit aus den Mitgliederwirtschaften abgeleiteten Funktionen besteht noch. Die Förderung wird nicht mehr allzu wirkungsvoll sein, da die erwirtschafteten Überschüsse sich zwangsläufig um den Unternehmergewinn des Pächters mindern müssen; aber eine gewisse Förderung findet auch jetzt noch statt, zumal im Pachtvertrag weitgehend auf die Interessen der Mitglieder Rücksicht genommen werden kann. Beispielsweise kann der Pächter verpflichtet werden, geschäftspolitisch wichtige Entscheidungen mit der Genossenschaft abzustimmen.

²³¹ So in einem mir persönlich bekanntgewordenen Fall.

²³² So in dem in Anm. 245 mitgeteilten Fall.

²³³ Parisius=Crüger § 1 Anm. 18; Meyer-Meulenbergh § 1 Anm. 1 d; Maurer-Birkenbihl § 1 Anm. 11; Holthöfer S. 14; Merzbacher § 1 Anm. 4.

²³⁴ Paulick, Lehrbuch Seite 61.

Neu ist bei der Verpachtung also allein, daß, selbst wenn sich die Genossenschaft ein Mitspracherecht ausbedungen hat, der eigentliche Betrieb nicht mehr von ihr, sondern von einem Dritten durchgeführt wird. Damit stellt sich also die Frage wie folgt: Darf die Genossenschaft sämtliche Funktionen auf Dritte übertragen oder muß ihr eine gewisse Mindesttätigkeit verbleiben?

So gestellt, wird die Frage im ersteren Sinn beantwortet werden müssen. Vertritt man allerdings die Auffassung, daß mit dem gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb des § 1 ein gemeinschaftlich getragener Betrieb gemeint ist, so daß die „Unternehmer“ der Genossenschaft ex definitione mit den Genossen identisch sind²³⁵, dann mag das Verlangen nach Auflösung einer sehr genauen Untersuchung wert sein. Versteht man aber, wie dies hier geschieht, unter einem gemeinschaftlichen nicht einen gemeinschaftlich getragenen Betrieb, sondern einen solchen, der ursprüngliche Mitgliederfunktionen wahrnimmt, dann muß man zu dem Ergebnis kommen, daß das Gesetz eben nicht vorschreibt, der Betrieb müsse gemeinschaftlich getragen, also in irgendeiner Weise von der Gemeinschaft durchgeführt werden. Das Ergebnis mag zunächst etwas befremdend wirken. Man wird aber davon ausgehen können, daß die Genossenschaft schon aus Egoismus zu einem so ungewöhnlichen Ausweg nur dann schreiten wird, wenn er sich als die zur Zeit und nach Lage der Umstände wirkungsvollste Methode der Mitgliederförderung darstellt. In den Mitteln, die sie zur Erreichung des Zwecks anwendet, soll die Genossenschaft aber gerade nicht beschränkt sein, sofern sie nicht mitgliedsfremde Funktionen ausübt. So betrachtet, würde sich das Verbot der Verpachtung geradezu als Abkehr von dem an die Genossenschaft gerichteten Grundauftrag, ihre Mitglieder nach Kräften zu fördern, darstellen. Wie sie vorgehen will, sollte man ihr daher auch hier überlassen.

Im übrigen wurde bereits ausgeführt, daß nicht die Genossenschafter selbst den Betrieb durchführen müssen²³⁶. Es können somit auch Nicht-Genossen mit der Wahrnehmung der Geschäfte beauftragt werden. Nirgends wird vorgeschrieben, daß diese Außenstehenden zu der Genossenschaft in einem Anstellungsverhältnis, etwa als Geschäftsführer, stehen müssen. Also kann die Genossenschaft grundsätzlich auch selbständigen Dritten die Wahrnehmung der Betriebsaufgaben überlassen. Zwar sollen die wichtigsten Funktionen nach den Vorstellungen des Gesetzes von Genossen vorgenommen werden, da nach § 9 Abs. 2 die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder Genossen sein müssen. Unter diesem eingeschränkten Blickwinkel ist es also richtig, zu sagen, daß der Betrieb gemeinsam getragen sein müsse. Bei der Verpachtung werden praktisch auch die meisten an sich dem Vorstand zugeordneten Tätigkeiten von dem betriebsfremden Pächter durchgeführt. Unter dem Aspekt des § 81 wird man dies jedoch nicht unterbinden können. § 81

²³⁵ Vgl. Erster Abschnitt Anm. 95.

²³⁶ Vgl. Erster Abschnitt B I 2 a.

wendet sich nur gegen dem § 1 zuwiderlaufende Handlungen. Und die Tatsache, daß auch hier die Mitgliederwirtschaften noch durch einen Betrieb gefördert werden, dessen Funktionen aus ihren Eigenwirtschaften ableitbar sind, bleibt bestehen: § 81 ist nicht anwendbar.

Daraus scheint zu folgen, daß § 1 und § 81 hier voneinander abweichen. Denn es wurde soeben gesagt, daß eine Genossenschaft, die die Verpachtung von vornherein plant, nicht eingetragen werden könnte²³⁷. Das liegt aber nicht so sehr daran, daß sie nach § 1 den Betrieb selbst durchführen müßte, sondern hat einen viel einfacheren, außerrechtlichen Grund: Verpachtung eines Betriebs setzt erst einmal einen Betrieb voraus. Diesen muß die Genossenschaft erst selbst erstellen, ehe sie an seine Verpachtung denkt. Solange nichts vorhanden ist als die Einzahlungen der Genossen, wird sich ein „Pächter“ nicht finden lassen. Die Verpachtung kann also zwangsläufig erst erfolgen, wenn der Betrieb in Lauf gebracht worden ist. Gegen eine solche spätere Verpachtung bestehen, wie gesagt, keine Bedenken. Hierbei meine ich allerdings, daß es keinen Unterschied machen kann, ob die Absicht der späteren Verpachtung schon bei der Gründung bestand²³⁸ oder erst später gefaßt wird. Dem steht die in Anm. 233 zitierte Stelle bei Parisius-Crüger nur teilweise entgegen. Dort wird hauptsächlich ausgeführt, daß eine Molkeriegenossenschaft nicht eintragungsfähig ist, die sich darauf beschränkt, die Milchlieferung ihrer Genossen zu verpachten. Dem ist ohne weiteres zuzustimmen. Denn eine solche Genossenschaft entwickelt von Anfang an überhaupt keinen Geschäftsbetrieb. Sie schaltet sich lediglich als überflüssige und verteuernde Zwischenstation zwischen Lieferanten und Abnehmer ein. Die Übergabe eines bestehenden Betriebs an einen Pächter dagegen erscheint unbedenklich. Denn gegenüber dem vollen Wegfall des Betriebs, der ebenfalls unschädlich ist²³⁹, ist die Verpachtung doch nur ein Minus. Außerdem darf nicht übersehen werden, daß § 81 es auf das Wort „verfolgen“ abstellt. Er rügt also offensichtlich eine vom Gesetz mißbilligte innere Haltung der Genossenschaft, eine verfehlte Zielsetzung. Die Abgabe des Betriebs dagegen ist keine solche innere Haltung, sondern ein äußeres Ereignis, das als solches weder positiv noch negativ zu werten ist. Sollte die Verpachtung als Auflösungsgrund angesehen werden, dann würde an Stelle der in § 81 ausdrücklich geforderten veränderten Zwecksetzung schon eine Änderung der

²³⁷ Vgl. Anm. 233.

²³⁸ Das wird allerdings kaum jemals vorkommen. Es ist fast unvorstellbar, daß eine solche Absicht schon bei der Gründung bestehen könnte. Das Pachtentgelt kann nie so hoch sein wie die Summe, die ein gut fundierter Betrieb selbst erwirtschaften kann. Es würde sich also für die Genossen um eine schlechte Kapitalanlage handeln: Das Eigenkapital wird nicht nach dem tatsächlichen Betriebsergebnis verzinst, sondern nur nach Maßgabe einer Forderung gegen einen Dritten, mit dem die Genossen selbst keine organschaftliche Verbindung haben.

²³⁹ Vgl. Dritter Abschnitt, A.

tatsächlichen Voraussetzungen zur Auflösung genügen. Das aber scheint nicht zulässig.

Es ist auch nicht so, daß der Zweck der Genossenschaft nunmehr nicht mehr in der Förderung der Mitglieder, sondern in der Verschaffung eines von den Mitgliederwirtschaften unabhängigen Gewinns (Pachtentgelt) liege. Denn die Mitglieder werden in ausreichendem Maße schon dadurch gefördert, daß ihnen durch die Genossenschaft überhaupt die Möglichkeit zum Absatz ihrer Produkte verschafft wird. Und es ist die Genossenschaft, die nach wie vor diese Möglichkeit bietet. Denn der Betrieb, der die Produkte entgegennimmt, bleibt der ursprünglich von ihr eingerichtete Geschäftsbetrieb, nur seine Ausnutzung steht hauptsächlich einem Dritten zu. Demgemäß kann man in dem Pachtentgelt nicht einen zusätzlichen Gewinn, sondern umgekehrt den geschmäleren Ertrag aus dem Mitgliedergeschäft sehen²⁴⁰.

Sicherlich ist eine Verpachtung kein Idealfall und entspricht schwerlich den Vorstellungen, die sich normalerweise mit dem Begriff „Genossenschaft“ verbinden. Die Genossenschaft enthält sich jeder eigenen Beeinflussung des Betriebs, der Markt- und Preisverhältnisse und verläßt somit das Prinzip der Selbsthilfe in weitem Umfang. Zwar kann, wie schon ausgeführt, der Pächter angehalten werden, gewisse Mindestgrundsätze zu beachten oder vor wichtigeren Entscheidungen die Zustimmung der Genossenschaft einzuholen: Solche Vereinbarungen wirken aber nur im Innenverhältnis. Die Genossenschaft kann demnach den Geschäftsbetrieb zwar beeinflussen, seine eigentliche Führung hat sie aber aus der Hand gegeben. Solange aber das Gesetz nicht befiehlt, daß sie ihre Geschäfte in eigener Verantwortung vornehmen muß, kann eine Auflösung nach § 81 nicht erfolgen. Es erscheint auch nicht notwendig, hier durch Gesetzesergänzung einen Riegel vorzuschieben, da zu solchen Hilfskonstruktionen ohnehin nur dann gegriffen wird, wenn das Unternehmen schon angeschlagen ist. Man wird sich auch hier wieder auf den gesunden Erwerbssinn der Genossen selbst verlassen können. Diese werden ihrer Vereinigung nur so lange die Treue halten, als sie sich von der Mitgliedschaft mehr versprechen können als von einer unmittelbaren Geschäftsbeziehung mit dem Pächter ohne Zwischenschaltung der Genossenschaft²⁴¹.

Es bleibt ein letztes und nicht unbeachtliches Argument gegen die Zulässigkeit der Verpachtung zu widerlegen. Die Genossenschaft soll ihre Zweck-

²⁴⁰ Hier ist die Argumentation von RGZ 78, 82 zu erwähnen, wonach nicht entscheidend ist, daß die Geschäfte außerhalb des gem. Geschäftsbetriebs erzielt werden, sondern umgekehrt, daß die Verträge, die zu diesen Geschäften führen (hier: der Pachtvertrag), innerhalb des gem. Geschäftsbetriebs abgeschlossen worden sind.

²⁴¹ Daß die Rechtslage bei Molkereigenossenschaften zur Zeit wegen der besonderen Regelung der Bezugs- und Absatzgebiete (§ 38 MilchG) anders ist, kann diesen Gedanken nicht entkräften. Die bestehende Milchgesetzgebung ist ein Sonderfall, aus dem allgemeine, für alle Genossenschaften geltende Schlüsse nicht abgeleitet werden können.

geschäfte grundsätzlich mit ihren Mitgliedern abwickeln. Ein Pächter wäre an dieses Gebot nicht gebunden. Kann auf diese Weise das Verbot des schrankenlosen Nichtmitgliedergeschäfts umgangen werden?

Wenn die Verpachtung wegen der sonst bestehenden Gefahr unzulässiger Geschäfte mit Auflösung bedroht sein sollte, dann wäre, sollte die Auflösung motiviert werden können, mindestens die Voraussetzung zu machen, daß die Genossenschaft aufgelöst werden könnte, wenn sie die verpächten Geschäfte selbst, also ohne Zwischenschaltung des Pächters, durchführen würde. Es wäre dann also nicht die Verpachtung als solche, die zur Auflösbarkeit führen würde, sondern allein eine unzulässige Ausnutzung dieser Verpachtung. Demnach kann die Verpachtung allein nicht die Auflösbarkeit nach sich ziehen, sondern allenfalls die Verpachtung in Verbindung mit unzulässigen Geschäften. Würde also bereits im Pachtvertrag vereinbart, daß Geschäfte mit Lieferanten, die nicht Mitglieder der Genossenschaft sind, zu unterbleiben haben, dann könnten aus diesem Gesichtspunkt Einwendungen nicht erhoben werden. Es handelt sich hier also nicht um einen Einwand gegen die Zulässigkeit der Verpachtung, sondern um einen Einwand gegen die Zulässigkeit des Nichtmitgliedergeschäfts. Dieses wird noch gesondert zu untersuchen sein ²⁴².

Dieser Gedankengang ist nicht nur auf Molkereigenossenschaften anwendbar. Verpachten etwa zwei zu kleine Konsumvereine ihre Betriebe an eine eigens zu diesem Zweck gegründete GmbH, um so einen ausreichenden Kundenstamm zu schaffen, dann ist das aus dem Blickwinkel des § 81 nicht zu beanstanden. Verkauft alsdann die Pächterin auch an Kunden, die nicht Mitglieder einer der Gründerinnen sind, dann ist das nicht so sehr eine Folge des Pachtvertrags — dieser hätte im Gegenteil diese Geschäfte verhindern können —, als vielmehr eine Folge der Haltung der Verpächterinnen selbst, die das Geschäft mit Nichtmitgliedern nicht energisch genug unterbunden haben. Auch hier handelt es sich also um das Problem des Nichtmitgliedergeschäfts, nicht um das der Verpachtung: diese bleibt zulässig ²⁴³.

Es soll nicht verschwiegen werden, daß das Steuerrecht, in dem die Frage,

²⁴² Vgl. unten II 3.

²⁴³ Daraus kann aber noch nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß jedesmal, wenn das Nichtmitgliedergeschäft der Pächterin die erlaubte Grenze überschreitet, eine Auflösung möglich wäre. Oberstes Gebot für die Genossenschaft ist die Mitgliederförderung. Sollte beispielsweise durch Gesetz das Nichtmitgliedergeschäft ganz verboten werden und würde deshalb eine Konsumgenossenschaft das Geschäftslokal einer im Brennpunkt einer Großstadt als moderner Selbstbedienungsladen eingerichteten Filiale verpachten, weil sie nach sorgfältiger Prüfung zu dem Schluß gekommen ist, daß eine genaue Kontrolle der Kunden in diesem Geschäft undurchführbar wäre, dann wäre die Verpachtung wohl der einzige Weg, die Mitglieder überhaupt noch zu fördern. In einem solchen Falle wäre daher, auch wenn man die Anwendbarkeit des § 81 auf das Nichtmitgliedergeschäft bejaht, sehr zweifelhaft, ob nach § 81 eingegriffen werden kann.

allerdings in anderem Zusammenhang, ebenfalls eine Rolle spielt, zu einem anderen Ergebnis kommt:

Im Mitgliedergeschäft erwirtschaftete Überschüsse, die den Mitgliedern als Warenrückvergütung zur Verfügung gestellt werden, sind nach § 35 KStDV gewinnmindernde Betriebsausgaben. Das gilt nicht für Erträge aus den sogenannten Nebengeschäften²⁴⁴. Der aus ihnen stammende Gewinn kann somit nicht als steuermindernde Betriebsausgabe abgesetzt werden, wenn er an die Mitglieder ausgeschüttet wird. Hierzu hat der Bundesfinanzhof²⁴⁵ entschieden, daß das von der Genossenschaft eingenommene Pachtentgelt selbst dann ein steuerwirksames Nebengeschäft ist, wenn die Genossenschaft an der pachtenden Gesellschaft beteiligt ist und die Pacht nicht in einer festen Summe gezahlt wird, sondern in einem den angelieferten Milchmengen entsprechenden Verhältnis. Zu einem gleichen Ergebnis kam der Bundesfinanzhof²⁴⁶ bei der Anwendung des § 31 KStDV, der Molkereigenossenschaften, die nur Erzeugnisse ihrer Mitglieder bearbeiten und verwerten, von der Körperschaftsteuer befreit, und erklärte eine Beteiligung an einer „Milchhof GmbH“ für steuerschädlich.

Diese Rechtsprechung gibt keinen Anlaß zu einer Berichtigung der hier vertretenen Ansicht. Das Steuerrecht hat andere Beweggründe als das Genossenschaftsgesetz. Das ist hier genau so wie bei der Behandlung des Nichtmitgliedergeschäfts. Das Genossenschaftsgesetz gestattet dieses Geschäft, mindestens in gewissem Umfang²⁴⁷; das Steuerrecht kennt sowohl bei der Befreiung der landwirtschaftlichen Genossenschaften von der Körperschaftsteuer als auch bei der Warenrückvergütung an Mitglieder keinerlei Privilegierung des Nichtmitgliedergeschäfts, solange dieses nicht auf gesetzlichen oder behördlichen Zwang zurückzuführen ist²⁴⁸.

Diese wesentlich schärfere Auffassung im Steuerrecht hat ihren guten Grund. Dort herrscht die wirtschaftliche Betrachtungsweise der §§ 1 und 6 StAnpG. Das Steuerrecht muß sich also mehr am wirtschaftlichen als am juristischen Genossenschaftsbegriff orientieren. Demgemäß beruht die Steuerbefreiung auf dem Gedanken, daß die Tätigkeit der Genossenschaft, wirtschaftlich gesehen, eine Tätigkeit der Genossen ist; die Genossenschaft ist der „verlängerte Arm“ der Genossen²⁴⁹. Hätten letztere die von ihnen an die Genossenschaft abgegebenen Funktionen selbst ausgeübt, dann hätte sich kein Überschuß gebildet, der im Wege der Warenrückvergütung wieder ausgeschüttet werden könnte. Ebenso wären bei der Genossenschaft keine versteuerbaren

²⁴⁴ Nebengeschäft ist ein Geschäft, das mit dem Zweckgeschäft nicht in unmittelbarem Zusammenhang steht, meistens also ein Gelegenheitsgeschäft. Vgl. KStRL Abschn. 53.

²⁴⁵ BStBl. 1956 III 367.

²⁴⁶ BStBl. 1954 III 102; 1957 III 251; 1958 III 95.

²⁴⁷ § 8 Abs. 1 Nr. 5.

²⁴⁸ Zülow-Henze-Schubert S. 67 ff.

²⁴⁹ Vgl. oben Anm. 136.

Gewinne entstanden. So soll auch das Dazwischentreten des „verlängerten Armes“ keine Steuerbelastungen auslösen²⁵⁰. Diese Argumente verfangen nicht mehr, wenn auf andere Weise Gewinn erzielt worden ist. Andernfalls wären die Steuervergünstigungen eine nicht zu rechtfertigende und gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßende Begünstigung eines gewerblichen Unternehmens gegenüber anderen gewerblichen Unternehmen. Die Steuergesetzgebung und -rechtsprechung folgen also dem in den Wirtschaftswissenschaften entwickelten Gedanken, daß die Genossenschaft ein Hilfsbetrieb ist, der keinen eigenen Gewinn erzielen soll²⁵¹. Der wirtschaftliche Genossenschaftsbegriff ist aber mit dem juristischen nicht identisch²⁵². Der Umkehrschluß, daß eine eingetragene Genossenschaft aufhöre, eine erlaubte Gesellschaft im Sinne des § 1 zu sein, wenn sie der steuerlichen Privilegien verlustig geht, weil sie dem wirtschaftlichen Genossenschaftsbegriff nicht entsprechende Geschäfte durchführt, ist daher nicht zulässig.

Die Verpachtung des Betriebs oder eines Teils davon kann eine Auflösung nach § 81 nicht zur Folge haben. Damit ist klargestellt, daß eine Auflösung nach § 81 nicht möglich ist, solange ein Betrieb mit aus den Mitgliederwirtschaften ableitbaren Funktionen noch besteht und zur Förderung der Mitgliederwirtschaften eingesetzt wird.

2. Der Geschäftsbetrieb dient nicht mehr der Mitgliederförderung

Wie steht es, wenn der im übrigen intakte gemeinschaftliche Geschäftsbetrieb nicht der Förderung der Mitgliederwirtschaften dienen soll?

Ein Beispiel für diese etwas merkwürdig anmutende Kombination läßt sich nicht einfach bilden. Man mag zunächst an eine Konsumgenossenschaft denken, die sich in ihrer Preisbildung der nicht genossenschaftlichen Konkurrenz voll anpaßt und die entstehenden Überschüsse nicht an die Mitglieder auskehrt, sondern sonstigen, etwa mildtätigen, Zwecken zuwendet.

Auf den ersten Blick möchte man meinen, daß eine solche Vereinigung nach § 1 nicht eintragbar wäre. Sie scheint eine Förderung ihrer Mitglieder trotz des voll eingerichteten Geschäftsbetriebs nicht zu bezwecken; sie scheint auch dem einzelnen Mitglied nicht mehr in dessen Doppelfunktion als Kunde und Unternehmer gegenüberzustehen, sondern nur noch in seiner Eigenschaft als Kunde. Dem Mitglied muß sie daher den Eindruck eines Gewerbebetriebs unter vielen Gewerbebetrieben vermitteln. Das hat die steuerliche Konsequenz, daß die „Gewinnzahlungen“ keine Betriebsausgaben mehr

²⁵⁰ Natürlich ist das nicht das einzige Motiv des Gesetzes, da sonst allen Genossenschaften das gleiche Privileg zustehen müßte. Es handelt sich hier um ein Stück Sondergesetzgebung auf dem landwirtschaftlichen Sektor, allerdings beschränkt auf Genossenschaften.

²⁵¹ Paulick, . . . Typenbeschränkung, S. 101 bei Anm. 40.

²⁵² Vgl. oben bei Anm. 57; zum Begriff „Hilfswirtschaft“ siehe unten Anm. 316a bis 320.

sind, sondern nur aus dem versteuerten Gewinn genommen werden können. Für die herrschende Lehre müßte eindeutig klar sein, daß diese Vereinigung schon deshalb nicht nach § 1 gegründet werden könnte, weil sie als Idealverein gründbar wäre; denn nach dieser Lehre ist der Idealverein nur dann nicht möglich, wenn Betrieb und Zweck wirtschaftlich sind²⁵³. Die Eintragbarkeit als Verein schließt aber die Eintragbarkeit als Genossenschaft zwangsläufig aus²⁵⁴.

Folgt man dagegen der hier zum Verein vertretenen Ansicht, dann kann ein solches Gebilde nicht in der Form des e. V. errichtet werden, ist vielmehr ein wirtschaftlicher Verein im Sinne des § 22 BGB. Daraus folgt noch nicht, daß er als e. G. gegründet werden könnte; denn diese ist ein besonderer Unterfall des § 22 BGB, bei dem noch zusätzlich die Merkmale des § 1 vorliegen müssen. An einem dieser Merkmale, nämlich der Förderung der Mitglieder, scheint es hier jedoch zu fehlen.

Dieser Gedanke ist jedoch näherer Untersuchung wert. Denn offensichtlich ist jedenfalls ein Geschäftsbetrieb vorhanden, der den Mitgliedern eigene Arbeit abnimmt. Dieser Betrieb steht den Genossen auch ordnungsgemäß zur Nutzung zur Verfügung. Das einzige, woran es fehlt, ist doch nur die Teilnahme der Mitglieder an den erwirtschafteten Überschüssen. Rechtfertigt das allein die Ablehnung, nach § 1 einzutragen, oder darüber hinaus gar die Auflösung nach § 81?

Aus diesem Blickwinkel heraus muß die Eingangsfrage anders gestellt werden: Kann die Genossenschaft ihren Betriebsüberschuß verwenden, wie sie will, oder verlangt das Gesetz durch den Förderungsbegriff des § 1, daß der Überschuß den Mitgliedern zur Verfügung gestellt werden soll, weil erst damit deren Förderung endgültig abgeschlossen ist? Gefühlsmäßig neigt man wohl eher zur Bejahung der zweiten Frage. Die Überschüsse konnten doch nur deswegen entstehen, weil die Genossenschaft wie ein Gewerbebetrieb kalkuliert hat, den Genossen bei Betriebsnutzung also keine besonderen Vorteile eingeräumt worden sind. Fallen nunmehr auch die Überschüsse nicht den Mitgliedern zu, dann scheint es mit der Förderung im argen zu liegen.

Zur Klärung muß der Gewinnbegriff näher untersucht werden. Der Gewinnbegriff des § 19 deckt sich mit dem des gesamten Handelsrechts und meint den Saldo aller Erträge und aller Aufwendungen²⁵⁵. Tatsächlich erzielt die Genossenschaft aber zwei völlig verschiedene Arten von „Gewinn“.

Die Überschüsse, die im Nichtmitgliedergeschäft, aus Nebengeschäften usw., anfallen, sind echter Unternehmensgewinn. Wie jede Handelsgesellschaft hat hier die Genossenschaft mit Dritten, die mit ihr nicht organschaftlich verbunden sind, kontrahiert und dabei eine Spanne zugrunde gelegt, die ihr

²⁵³ Vgl. oben bei Anm. 158.

²⁵⁴ Vgl. oben bei Anm. 112.

²⁵⁵ Westermann, Rückvergütung S. 5/6 m. w. N.

über die Kostendeckung hinaus noch Überschüsse läßt. Dieser Gewinn ist ganz unabhängig von der Mitgliederförderung; durch die Art seiner Verwendung wird diese in keiner Weise berührt. Hier können also keine Bedenken erhoben werden, wenn der Gewinn weder an die Genossen ausgeschüttet noch den Reserven zugewiesen, sondern zu sonstigen Zwecken verwendet wird. Dieses Ergebnis kann unmittelbar aus § 48 abgelesen werden.

Von grundsätzlich anderer Beschaffenheit ist der im Mitgliedergeschäft erzielte „Gewinn“. Je schärfer die Genossenschaft gegenüber ihren Mitgliedern kalkuliert, um so geringer fällt er aus. Es leuchtet also ein, daß der Förderungszweck um so besser erfüllt ist, je weniger Überschüsse im Mitgliedergeschäft erzielt worden sind: Jede Verminderung dieser Überschüsse ist den Mitgliedskunden unmittelbar zugute gekommen. Da aber die voraussichtlichen Unkosten nicht genau berechnet werden können und auch gewisse Zuschläge für Risiken, Reserven usw. einkalkuliert werden müssen, ist die Genossenschaft darauf angewiesen, in ihren Preisen etwas Luft zu lassen. Der alsdann beim Jahresabschluß verbleibende Überschuß wird im allgemeinen den Mitgliedern als Warenrückvergütung zur Verfügung gestellt. Daraus ergibt sich, daß die „Förderung“ endgültig erst abgeschlossen ist, wenn die Genossen die Rückvergütung erhalten haben. Die für die Rückvergütung zur Verfügung stehenden Beträge sind also streng genommen kein Gewinn, sondern gewinnmindernde Ausgaben²⁵⁶. Westermann²⁵⁷ schließt hieraus mit Recht, daß dem Mitglied, sofern ein entsprechender Überschuß erzielt worden ist, ein Anspruch auf die Rückvergütung erwächst, und zwar nicht nur ein obligatorischer, sondern ein mitgliedschaftlicher Anspruch. Daraus scheint sich zwanglos abzuleiten, daß dieser Anspruch dem Mitglied nicht entzogen werden kann, daß weiterhin jede andere Verwendung dieser Überschüsse dem Förderungszweck entgegensteht und somit eine Genossenschaft, die diese Überschüsse zu fremden Zwecken verwendet, sich der Gefahr eines Einschreitens nach § 81 aussetzt.

Dieses Ergebnis widerspricht der bekannten Entscheidung KGJ 14, 43. Dort wird die Eintragbarkeit einer Raiffeisenkasse bejaht, nach deren Satzung zwei Drittel des vor Durchführung der Abschreibungen ausgewiesenen Bruttoüberschusses einem „Stiftungsfonds“ zuzuführen waren, der sittlichen Zwecken dienen und den Mitgliedern nicht einmal bei Auflösung der Vereinigung zufließen sollte; selbst der nach Vornahme der Abschreibungen verbleibende Bilanzgewinn mußte noch nicht ausgeschüttet werden.

Diese Entscheidung ist mit dem Rechtsgefühl vereinbar, obwohl sie den soeben entwickelten Gedanken zu widersprechen scheint. Ist es also zwin-

²⁵⁶ Das wird durch § 35 KStDV bestätigt, wonach die Warenrückvergütung nicht als (zu versteuernder) Gewinn, sondern als (gewinnmindernde) Betriebsausgabe anerkannt wird.

²⁵⁷ a. a. O. S. 13.

gend, daß die im Mitgliedergeschäft erzielten und verfügbaren Überschüsse den Mitgliedern zur Verfügung gestellt werden müssen?

Der Grundauftrag der Genossenschaft ist die bestmögliche Förderung der Mitglieder. Demgegenüber ist die Auflösung nach § 81 nicht schon dann möglich, wenn die Mitglieder nicht auf die bestmögliche Weise gefördert werden — das wäre ein unerträgliches Ergebnis, da dann schon jeder einmalige, die Tendenz überhaupt nicht berührende Verstoß zu schwersten Konsequenzen führen könnte —, sondern erst dann, wenn die Genossenschaft „andere“ Zwecke verfolgt, die Mitgliederförderung also bewußt vernachlässigt. Es ist somit nach § 81 unbedenklich, wenn ein Teil des im Mitgliedergeschäft erwirtschafteten Überschusses sachfremd verwendet wird. Sind sich Vorstand und Generalversammlung²⁵⁸ über eine solche Verwendung des Überschusses einig, dann besteht für ein Einschreiten nach § 81 kein Anlaß. Ebenso ist es unbedenklich, wenn ausnahmsweise in einem Jahr beschlossen wird, den Betriebsüberschuß des abgelaufenen Geschäftsjahres etwa einer notleidenden Nachbargenossenschaft zur Verfügung zu stellen. Ein solcher Entschluß berührt die Tendenz der Genossenschaft nicht, und § 81 stellt es allein auf die Tendenz ab²⁵⁹.

Problematisch wird die Entscheidung also erst, wenn die Überschüsse regelmäßig und in voller Höhe zu genossenschaftsfremden Zwecken verwendet werden sollen, namentlich also, wenn das wie im Falle KGJ 14, 43 bereits in der Satzung verankert ist. Hier ist die Lösung nicht einfach; es spricht aber doch wohl mehr dafür, eine Auflösung nicht für zulässig zu halten.

Selbst wenn der Kunde vom Überschuß nichts erhält, obwohl die Preise wie bei der nicht genossenschaftlichen Konkurrenz kalkuliert waren, kann noch nicht unbedingt gesagt werden, daß das Mitglied nicht mehr gefördert werde. Denn in jedem Falle muß die Genossenschaft aus dem Überschuß die erforderlichen offenen und stillen Reserven bilden. Diese wachsen dem Mitglied in seiner Eigenschaft als Träger des Unternehmens zu. Als Äquivalent für die ungünstig kalkulierten Preise erhält der Genosse einen Wertzuwachs seiner Beteiligung. Darin kann noch eine Förderung gesehen werden. Der Unterschied ist nur, daß das Mitglied die Erübrigung nicht in bar, sondern

²⁵⁸ Der Vorstand allein darf nicht über den Betriebsüberschuß zu Lasten der Mitglieder verfügen, soweit die Ausgabe nicht im Einzelfall notwendig oder branchenüblich ist, Parisius-Crüger § 26 Anm. 3. Die Generalversammlung wiederum kann einen solchen Beschluß nicht ohne Zustimmung des Vorstandes fassen, weil die Festsetzung der Rückvergütung als Geschäftsführungsmaßnahme primär in die Kompetenz des Vorstandes fällt, und weil den Mitgliedern ein unentziehbarer Anspruch entstanden ist, sobald der Vorstand eine WR beschlossen hat. Vgl. Westermann a. a. O. S. 19, der gleichzeitig anerkennt, daß dem Vorstand bei Festsetzung der WR ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt werden muß.

²⁵⁹ Die Frage, ob sich das einzelne Mitglied den Entzug seines Anwartschaftsrechts auf WR gefallen lassen muß (vgl. hierzu Westermann a. a. O. S. 20), kann die Entscheidung nach § 81 nicht beeinflussen.

in einer Wertsteigerung seines mitgliedschaftlichen Anteils erhält²⁶⁰. Mit dieser Überlegung wird sich auch das beachtliche Argument entkräften lassen, die hier vertretene Ansicht bedeute im Ergebnis, daß auch jeder nutzbare nicht genossenschaftliche Betrieb geeignet sein müsse, seine Kunden zu fördern: Der im Geschäft stehende Gewinn wächst dem Unternehmer zu, und die Identität zwischen Kunden und Unternehmer gibt es nur bei der eingetragenen Genossenschaft. Hinzu kommt ein zweites und gerade bei einem Bankbetrieb besonders überzeugendes Argument: Je vielfältiger das Angebot des genossenschaftlichen Betriebs ist, um so größer sind die Möglichkeiten zu Förderungshandlungen, die sich in Geld oder Geldeswert nicht bemessen lassen. Schon eine Bedienung, die großzügiger ist als bei der Konkurrenz, ist Förderung; außerdem kann ein Bankbetrieb mit vielerlei Dienstleistungen aufwarten, die ihm zwar einige Unkosten bereiten, die aber nicht berechnet werden und deren Wert für den Kunden oft überhaupt nicht abgeschätzt werden kann. Aus der Höhe und Verwendungsart des Betriebsüberschusses lassen sich also eindeutige Folgerungen über die Intensität der Förderung nicht ziehen. Solange aber nicht eindeutig dargetan werden kann, daß die Mitglieder überhaupt nicht gefördert werden, kann eine Auflösung nach § 81 nicht erfolgen. Eine Genossenschaft, die in einem als solchen nicht zu beanstandenden Geschäftsbetrieb zwar Überschüsse erzielt, diese aber nicht ihren Mitgliedern zur Verfügung stellt, hört deshalb nicht auf, ihre Mitglieder zu fördern, und kann somit auch nicht aufgelöst werden²⁶¹.

Damit sind alle Fälle, in denen an Auflösbarkeit trotz vorhandenen gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs gedacht werden könnte, erfaßt. Als Ergebnis bleibt festzuhalten:

Solange ein gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb besteht, kann eine Genossenschaft nicht aufgelöst werden. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob der erfüllte Betriebszweck in der Satzung verankert ist oder nicht. Es spielt auch keine Rolle, ob die Genossenschaft den Betrieb selbst durchführt oder die Durchführung einem Dritten anvertraut. Es ist schließlich gleichgültig, auf welche Weise der Betriebsüberschuß verwendet wird.

²⁶⁰ Daß das Mitglied diesen Wertzuwachs wegen § 73 Abs. 2 nicht versilbern kann, kann nicht entgegengehalten werden: Der Austritt unterliegt der freien Entscheidung des Mitglieds; entschließt es sich dazu, dann verzichtet es freiwillig auf seinen Anteil an den Reserven. Bei einer Liquidation der Vereinigung dagegen würde sich sofort zeigen, daß der einzelne Genosse an den Reserven beteiligt ist.

²⁶¹ So auch Meyer=Meulenbergh § 1 Anm. 1c, der Gewinnerzielung nicht für wesensnotwendig hält. Siehe auch Parisius=Crüger § 1 Anm. 20.

II. Der Geschäftsbetrieb ist nicht gemeinschaftlich.

Die Untersuchung muß sich schließlich solchen Genossenschaften zuwenden, die zwar einen wirtschaftenden Geschäftsbetrieb aufweisen, bei denen aber bemängelt werden kann, daß dieser Betrieb nicht gemeinschaftlich ist. Hierunter fallen Genossenschaften, deren Wirkungsfeld sich auf Gebieten bewegt, die den Mitgliederwirtschaften als solchen fremd sind, so daß es nicht geeignet ist, die Mitgliederwirtschaften „unmittelbar“ zu fördern. Das hat zur Folge, daß die erzielten Gewinne nicht aus eigentlichen Mitgliedergeschäften, sondern aus Geschäften mit Dritten, Beteiligungen o. ä. stammen.

1. Die Dividendengenossenschaft

Sind bei solchem Geschäftsgebaren die durch den Geschäftsbetrieb erschlossenen Gewinnquellen so gestaltet, daß es den Mitgliedern unmöglich ist, den gewinnbringenden Geschäftsbetrieb selbst zu nutzen, dann spricht man von der „Dividendengenossenschaft“, deren Neueintragung als eingetragene Genossenschaft nicht möglich ist²⁶².

Eine solche Dividendengenossenschaft kann verschiedene Entstehungsursachen haben. Entweder nimmt die Genossenschaft einen Geschäftszweig auf, der wegen seiner besonderen Struktur mit den Mitgliederwirtschaften in keiner Verbindung stehen kann. Eine Konsumgenossenschaft geht dazu über, mit den von ihr geführten Waren den Großhandel zu betreiben. Möglich ist aber auch, daß der unverändert gebliebene Geschäftszweig wegen tatsächlicher Änderung der Wirtschaftsführung bei den Mitgliedern in keiner Verbindung zu den Mitgliederwirtschaften mehr stehen kann. Die Mitglieder einer Gastwirts-Bezugsgenossenschaft etwa haben alle ihren Beruf aufgegeben; die Vereinigung hält sich durch Belieferung anderer Wirte, die alle nicht Mitglied geworden sind, über Wasser²⁶³.

Die herrschende Lehre vermißt bei solchen Gebilden die Unmittelbarkeit der Förderung, verneint also eine Mitgliederförderung. Soweit daher im Rahmen dieser Lehre zu § 81 Stellung genommen wird, wird eine Auflösung der Dividendengenossenschaft für zulässig erachtet, da der in § 1 genannte Zweck nicht erfüllt werde²⁶².

Nach der hier vertretenen Ansicht fehlt es nicht so sehr an der Förderung als an der Gemeinschaftlichkeit des Betriebs, da dieser mit der Wirtschaftsführung der Mitglieder in keinem auch noch so losen Zusammenhang mehr

²⁶² Vgl. oben bei Anm. 75 und 76.

²⁶³ Dieser Fall ähnelt schon sehr dem Nichtmitgliedergeschäft, wird aber bereits hier behandelt, weil man der Klarheit halber als Nichtmitgliedergeschäfte nur solche Geschäfte ansehen sollte, die die Genossenschaft an sich auch mit den Mitgliedern abschließen könnte.

steht²⁶⁴. Indes wird das Ergebnis auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht anders lauten können.

Es ist ganz eindeutig, daß die Voraussetzungen des § 1 nicht erfüllt sind. § 81 könnte also nur dann nicht zur Anwendung kommen, wenn seine Verweisung auf § 1 gerade dessen Voraussetzung „Gemeinschaftlichkeit“ ausgeklammert haben sollte. Gerade am Beispiel der Dividendengenossenschaft wird aber besonders deutlich, daß dies nicht der Fall sein kann. Denn eine solche „Genossenschaft“ zerreißt das ganze wohlabgewogene und nur mit Rücksicht auf das eigentliche Mitgliedergechft überhaupt vertretbare Gefüge der Kapital- und Haftungsstruktur der eingetragenen Genossenschaft:

Die Väter des Genossenschaftsgedankens sahen in der Genossenschaft eine Art Vorstufe zur Aktiengesellschaft²⁶⁵. Damit wollten sie aber nur zum Ausdruck bringen, daß es nach Erreichung einer ausreichenden Kapitalbasis empfehlenswert sein würde, die gefährlichen Haftungsbestimmungen durch die Errichtung einer Gesellschaft mit fester Kapitalsumme zu ersetzen und so die wirtschaftliche Stellung des einzelnen Genossen besser abzusichern. Der Gedanke, daß die Genossenschaft in jeder Beziehung eine Art Miniaturausgabe der Aktiengesellschaft sein sollte, lag ihnen fern. Namentlich sollte die Genossenschaft nie zu einer bloßen Kapitalanlage degradiert werden können. Das Ergebnis dieser Überlegungen ist § 73 Abs. 2. Die Vorschrift verhindert jede Kursbildung der Beteiligungen, die sich über das Geschäftsguthaben hinaus am eigentlichen Wert des Unternehmens orientieren könnte; sie verhindert darüber hinaus jede Beteiligung aus bloßen Anlage-motiven: Wenn jeder Bilanzverlust sich auf meinem Gesellschafterkonto niederschlagen kann (§ 48!), ein nicht ausgeschütteter Gewinn mir aber in keiner Weise zuwächst, dann muß ich jedes spekulative Interesse verlieren. Mitglied wird also nur werden, wer sich vom Betrieb selbst eigene Vorteile verspricht.

Eindeutig ist die Genossenschaft also nur auf die Bedürfnisse ihrer Kund-schafts-Mitglieder zugeschnitten. Das rechtspolitische Ziel der Genossen-schaftsgesetzgebung war nun, solchen Frderungsgesellschaften die Erlan-gung der Rechtsfähigkeit zu ermöglichen, ohne doch auf die Rechtsformen der AG oder der GmbH verweisen zu müssen, Formen, bei denen das Mit-glied einen Anspruch auf Rückzahlung der einmal gezeichneten Beträge nicht hat, also auch dann nicht „aussteigen“ kann, wenn aus irgendwelchen Gründen seine Bedürfnisse als Kunde durch das Unternehmen nicht mehr gefördert werden können. Nur solche Gründe sind es, die den Verzicht auf ein festes, haftendes Eigenkapital der juristischen Person rechtfertigen können.

Dieser Kapitalverzicht würde ohne ausgleichendes quivalent bei der ersten

²⁶⁴ Vgl. oben bei Anm. 137; ebenso schon Crüger, Erwerbs- und Wirtschaftsgenos-senschaften S. 14.

²⁶⁵ Vgl. oben Anm. 129.

geschäftlichen Krise Gesellschaft und Gläubiger in schwere Bedrängnis führen. Denn die einzige Bremse gegen verstärkte Kapitalflucht, § 75, hat doch nur beschränkte Wirkung. Bei einem einmaligen Rückschlag kann sie einen Massenaustritt verhindern, bei einer längeren Krise nicht. Als dieses ausgleichende Äquivalent nun ist die Haftpflicht eingebaut worden. Man darf hier nicht übersehen, daß die heute noch bestehenden milden Formen der Haftung — nur im Nachhinein, nur gegenüber der Gesellschaft, und auch dann noch beschränkbar — erst jüngeren Datums sind²⁶⁶. Der Ausgangspunkt der Entwicklung war die unmittelbare und unbeschränkte Haftung eines jeden Mitglieds gegenüber den Gläubigern. Damit ist der Grundgedanke der Kapitalgesellschaft, daß den Gläubigern nur das Vermögen der juristischen Person haftet, verlassen. Das einzelne Mitglied wird behandelt wie jeder Inhaber oder Gesellschafter einer Handelsfirma, hat also in haftungsrechtlicher Hinsicht voll die Stellung eines Unternehmers. Diese Ausgestaltung der Haftpflicht — auch in ihren heutigen mildernden Formen — wiederum ist nur vertretbar, weil das Mitglied von der Genossenschaft über seine Kundenstellung ja gerade größere Vorteile zu erlangen hofft als der Aktionär von seiner Gesellschaft.

Diese nach allen Seiten sorgfältig abgewogene Konstruktion paßt nicht mehr, wenn die doppelte Stellung des Mitglieds als Kunde und Unternehmer verlorengeht. Denn dann ist weder zu vertreten, daß er jederzeit die Rückzahlung seiner Einlage, des haftenden Kapitals der Gesellschaft, verlangen kann, noch, daß er über seine Einlage hinaus in Anspruch genommen werden kann²⁶⁷. Deshalb verlangt § 1, daß der Betrieb sich nur auf Ebenen abspielen soll, die mit den Eigenwirtschaften der Mitglieder in Verbindung stehen. Und aus dem gleichen Grunde muß das Gesetz darauf achten, daß dieses Mindestanfordernis auch im Verlaufe der späteren Geschäftsführung

²⁶⁶ Gesetz vom 20. 12. 1933, RGBl. I S. 1089. — Bezeichnenderweise hält Crüger, Der heutige Stand . . . S. 41 schon 1898 eine Beschränkung nur auf Mitglieder-geschäfte nicht mehr für erforderlich, da ja die unbeschränkte direkte Haftung der Mitglieder ausgeschlossen werden könne. Ähnliche Gedanken (1882) bei Goldschmidt in ZHR 27, 1 ff. (82).

²⁶⁷ Damit soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß allein das Zweckgeschäft mit Mitgliedern relativ gefahrlos, alle anderen Geschäfte aber relativ gefährlich wären. Es wäre zum Beispiel sicherlich falsch, anzunehmen, daß ein Nichtmitgliedergeschäft größere Risiken birgt als ein Mitglieder-geschäft. Selbstverständlich steigt das Risiko mit dem Geschäftsumfang, aber doch unabhängig davon, ob der Geschäftspartner Mitglied ist oder nicht. Die Vergrößerung des Risikos wird also im allgemeinen nur quantitativ, nicht qualitativ sein. Vgl. vor Anm. 334. — Bei der Dividendengenossenschaft, die sich unter Umständen auf völlig andersgeartete Tätigkeiten verlegt, wird man allerdings schon häufiger feststellen können, daß auch eine qualitative Risikenerhöhung eintreten kann: Je mehr Unternehmergewinn erstrebt wird, um so mehr muß auch gewagt werden. Außerdem besteht die Gefahr, daß der auf die Bedürfnisse der Mitglieder zugeschnittene Betrieb den ganz anderen Aufgaben, die ihm gegebenenfalls abverlangt werden müssen, nicht gewachsen ist.

gewahrt bleibt. Deshalb ist § 81 hier anwendbar²⁶⁸. Mitglieder von Genossenschaften sind nicht immer sehr geschäftsgewandt. Sie müssen also vor Ausweitungen der Geschäfte geschützt werden, die sie selbst nicht voll übersehen können, wenn diese Geschäfte nicht geeignet sind, die Berufs- oder Hauswirtschaft der Genossen, um derenwillen die Haftpflicht allein in Kauf genommen werden kann, in irgendeiner Form zu unterstützen. Hier ist also erstmalig neben dem vermuteten, aber nicht mit letzter Schärfe nachweisbaren Motiv der Gefährlichkeit nicht wirtschaftenden Verhaltens ein anderes Motiv zu erkennen, das geeignet ist, die Auflösung als gerechtfertigt hinzustellen²⁶⁹.

Eine Dividendengenossenschaft kann mithin nach § 81 aufgelöst werden. Unter diesem Blickwinkel erklärt sich auch die zunächst so schwer verständliche Ausgestaltung des § 81 als Kannvorschrift. Solange die Geschäfte einer Dividendengenossenschaft blühen, wird durch den Betrieb niemand²⁷⁰ geschädigt oder auch nur gefährdet; daher besteht für die Exekutive, die es grundsätzlich mit öffentlichem Wohl zu tun hat, kein zwingender Anlaß zum Einschreiten. Sobald aber die Verhältnisse zum Unguten umschlagen, muß die Bezirksregierung schnell einschreiten können. Ihr eine Prüfungspflicht über die weiteren Erfolgchancen des Unternehmens aufzuerlegen, wäre zu umständlich und verträge sich auch schlecht mit dem Wesen der Behörde. Also wird die Einleitung des Auflösungsverfahrens in ihr Ermessen gestellt. Sie braucht daher nicht überstürzt zu handeln und muß, solange sie einigermaßen sorgfältig vorgeht, auch nicht Schadenersatzansprüche wegen einer evtl. Fehlentscheidung befürchten²⁷¹.

Genossenschaften, die mit dem Wirtschaftsleben der Mitglieder nicht zusammenhängende Geschäfte betreiben, können aufgelöst werden.

2. Die Beteiligungsgenossenschaft

In engem Zusammenhang mit der Dividendengenossenschaft steht eine Gruppe, die wir „Beteiligungsgenossenschaft“ nennen wollen. Als Dividendengenossenschaften wurden hier solche Gesellschaften bezeichnet, die Ge-

²⁶⁸ S. von Caemmerer S. 168.

²⁶⁹ Ganz deutlich klingt dieses Motiv in den bei Anm. 161 erwähnten Ausführungen von Schulze-Delitzsch an.

²⁷⁰ vielleicht mit Ausnahme der Konkurrenz; hierzu vgl. unten Anm. 327.

²⁷¹ Vgl. BGHZ 4, 302: Ermessensfehler führen nur dann zu einer Schadenersatzpflicht, wenn die Fehlerhaftigkeit der Maßnahme sich jedem sachlichen Beurteiler ohne weiteres aufdrängt. — Die sehr zweifelhafte Frage, ob es sich hier um eine einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht handelt oder ob die Amtspflicht nur im Interesse der Allgemeinheit begründet worden ist, kann hier nur aufgeworfen werden. Vgl. dazu BGHZ 15, 305; 35, 44; BGH VersR 1960, 979; OLG Bremen NJW 1953, 585; OLG Hamburg BB 1957, 950.

schäfte ausführen, welche nach der Struktur der Mitgliederwirtschaften mit den Mitgliedern nicht abgeschlossen werden könnten. Mit dem Ausdruck „Beteiligungsgenossenschaft“ nun sollen solche Vereinigungen erfaßt werden, die ihren Gewinn nicht durch Abschluß von Geschäften erzielen, sondern aus der Anlegung ihres Kapitals, namentlich durch Erwerb von Aktien. Die Verwandtschaft mit der Dividendengenossenschaft ist offensichtlich; wegen § 1 Absatz 2 des Gesetzes lohnt sich aber doch eine getrennte Betrachtung.

Die Fragestellung kann hier in verschiedener Hinsicht eingeengt werden. Solange Unternehmen, an denen die Genossenschaft beteiligt ist, der Förderung der Mitglieder dienen können, ist die Beteiligung in jedem Falle unschädlich²⁷². Die eigentliche Problematik setzt daher erst dann ein, wenn das fremde Unternehmen mit den Bedürfnissen der Mitgliederwirtschaften in erkennbarem Zusammenhang nicht mehr steht.

Da § 81 nur die Verfolgung, also einen auf die Dauer gerichteten Zustand, verbietet, können hier weiterhin solche Beteiligungen ausgeklammert werden, die nur vorübergehend gehalten werden. Wenn es zum Beispiel einer Kreditgenossenschaft gestattet ist, zur Rettung einer Hypothek ein Hotel aufzukaufen und bis zur demnächst erfolgenden Weiterveräußerung selbst zu führen²⁷³, dann kann es auch nicht bedenklich sein, an Stelle des Grundstücks die Aktien oder wenigstens einen Teil davon der das Hotel betreibenden Gesellschaft zu übernehmen, um auf diese Weise die Geschäftsführung nachhaltig beeinflussen zu können, bis die Gefahren für den eigenen Kredit gebannt sind²⁷⁴. Denn auch diese Beteiligung erfolgt nicht aus Interesse an dem Hotel oder seinen Erträgen, sondern um das Eigenvermögen der Genossenschaft zu erhalten. Somit wird die Genossenschaft im Interesse ihrer Mitglieder tätig, für die ausschlaggebend ist, daß die Vereinigung, an der sie partizipieren und für die sie haften, möglichst keine Verluste erleidet.

Nicht anders kann entschieden werden, wenn die Genossenschaft ihre zeitweise nicht benötigten Mittel in Rentenwerten anlegt, um vorübergehend eine vorteilhaftere Verzinsung als auf Bankkonto zu erzielen. Diese Wertpapiere sind nach § 33 d nicht als Anlagevermögen (A II), sondern als Umlaufvermögen (A III 4) zu bilanzieren. Die nach § 81 erforderliche Nachhaltigkeit der schädlichen Zwecke wird also auch hier nicht erreicht. Aus diesem Grunde kann nicht jede Beteiligung nur an den Funktionen der Mitgliederwirtschaften gemessen werden²⁷⁵.

²⁷² Vgl. oben bei Anm. 226 und 227.

²⁷³ Dieser Fall wird sogar steuerlich nicht als Verstoß gegen § 33 KStDV angesehen; vgl. Zülów-Henze Schubert S. 90.

²⁷⁴ Dieses Verfahren kann unter Umständen gegenüber dem Kauf des Grundstücks Vorteile bieten, so z. B. Ersparung der Grunderwerbssteuer und der Notariats- und Eintragungsgebühren.

²⁷⁵ So Gabriel, Grundfragen . . . S. 295.

Zu untersuchen bleiben somit nur solche Geldanlagen, die Anlagevermögen im Sinne des § 33 d sind und zur Förderung der Mitgliederwirtschaften nichts beitragen können²⁷⁶.

Die Parallele zur Dividendengenossenschaft drängt sich auf. Hier wie dort wird mit dem Geld der Genossen gearbeitet, ohne daß diese davon einen unmittelbar auf ihre häusliche Wirtschaft bezogenen Vorteil erlangten. Folgender Schluß liegt daher nahe: Wenn es der Genossenschaft nicht gestattet ist, gewisse Geschäfte selbst zu betreiben, dann muß es ihr auch verboten sein, sich an einem Unternehmen zu beteiligen, das seinerseits diese Geschäfte betreibt.

Es besteht aber doch ein wesentlicher Unterschied zur Dividendengenossenschaft. Diese trägt das volle Risiko für ihre Tätigkeit selbst. Das Risiko der Beteiligungsgenossenschaft dagegen ist meistens²⁷⁷ auf den Wert der Beteiligung begrenzt. Weiterhin muß noch einmal auf § 20 hingewiesen werden. Dieser gestattet, jeden Gewinn dem Reservefonds zuzuschreiben. Eine solche Erlaubnis aber ist nur sinnvoll, wenn die nicht ausgeschütteten Überschüsse angelegt werden dürfen, und setzt daher die Zulässigkeit einer solchen Anlage zwingend voraus²⁷⁸. Wie diese Anlage zu erfolgen hat, schreibt das Gesetz, anders als etwa in den §§ 1807 BGB oder 26 RVO, nicht vor.

Nun müssen Anlagekäufe nicht notwendig nur aus erwirtschafteten Gewinnen erfolgen. Sie können sogar durch Kredite finanziert werden. In solchen Fällen mag die Anlagepolitik bedenklich erscheinen.

Die Lösung ergibt sich auch hier wieder aus dem Motiv, das nach den obigen Ausführungen die Auflösbarkeit der Dividendengenossenschaft rechtfertigt: Die Haftung des Mitglieds für die Schulden der Vereinigung rechtfertigt sich aus der Möglichkeit, den Betrieb in Anspruch nehmen zu können. Solange also der Betrieb durch eine verfehlte Anlagepolitik nicht gefährdet wird und den Genossen weiterhin voll als Mittel zur Deckung ihrer Bedürfnisse zur Verfügung steht, kann der Besitz von Aktien und ähnlichen Anlagewerten grundsätzlich nicht beanstandet werden. Dieser Grundsatz bedarf jedoch einiger Einschränkungen.

²⁷⁶ Das erkennt sogar das OLG Hamburg an, wegen dessen Entscheidung JW 1916, 870 § 1 Absatz 2 eingefügt werden mußte.

²⁷⁷ Ein weiter reichendes Risiko besteht allerdings bei der Beteiligung an einer OHG sowie (wenn auch nur zeitweise) bei der Gründung einer GmbH; § 24 GmbHGes. Wenn im Einzelfall das Risiko ebenso hoch eingeschätzt werden muß wie bei einer Dividendengenossenschaft, dann werden auch keine Bedenken bestehen, die dort entwickelten Grundsätze hier ebenfalls anzuwenden. — Die Haftung aus §§ 11 GmbHGes., 34 AktG braucht hier nicht zu interessieren, da es dort die Genossenschaft selbst in der Hand hat, Geschäfte, die zu einer Haftung führen könnten, zu unterlassen.

²⁷⁸ Vgl. Parisius-Crüger § 1 Anm. 43. — Eine übermäßige Reservenbildung kann allerdings auf Gewinnstreben schließen lassen, mit der Folge, daß die auf dessen Fehlen abgestellte Steuervergünstigung des § 31 KStDV entfällt, BFH in RdL 1954, 67. Der Förderung der Mitglieder kann sie nie entgegenstehen.

Die Beteiligung an einem Unternehmen kann so stark werden, daß die Genossenschaft auf seinen Geschäftsbetrieb entscheidenden Einfluß nehmen kann. Dann ist die Lage praktisch nicht anders, als wenn die Genossenschaft dieses Unternehmen selbst unter eigener Firma leitete. Hier müssen also die oben entwickelten Grundsätze angewendet werden: Wenn das beherrschte Unternehmen seinerseits zur Förderung der Mitgliederwirtschaften beitragen soll, dann ist nach den obigen Ausführungen²⁷⁹ alles in Ordnung; wenn es das nicht kann, dann muß sich die Genossenschaft so behandeln lassen, als nähme sie die verpönten Geschäfte selbst vor. Sie ist also einer Dividendengenossenschaft gleichzustellen und kann unter den im übrigen gleichen Voraussetzungen wie eine solche aufgelöst werden.

Ähnlich ist zu entscheiden, wenn die Beteiligungen einen so großen Umfang annehmen, daß sie zum eigentlichen Geschäftsbetrieb dieser Genossenschaft werden, dem gegenüber der ursprüngliche von den Mitgliedern nutzbare genossenschaftliche Geschäftsbetrieb in den Hintergrund tritt. Denn in diesem Falle kann den Mitgliedern die Haftung für ein Unternehmen nicht mehr zugemutet werden, das ihnen primär nicht mehr ein Äquivalent für die Haftpflicht bietet, nämlich den Geschäftsbetrieb, sondern ein Äquivalent für den Geschäftsanteil, nämlich die Hoffnung auf Dividende²⁸⁰.

Wo nun die Grenze zwischen noch zulässiger und schon unzulässiger Beteiligung zu ziehen ist, ist eine wirtschaftliche Frage. Viele Faktoren können im Einzelfall eine Rolle spielen. In erster Linie wird es auf das Verhältnis der Beteiligungen zu den sonstigen Vermögenswerten der Genossenschaft ankommen, und darauf, ob und in welchem Umfang die Beteiligungen aus eigenen oder aus fremden Mitteln finanziert sind. Die Höhe der einzelnen Beteiligungen, ihre Kurschancen und überhaupt die Bonität der einzelnen Gesellschaften werden berücksichtigt werden müssen. Auch das Verhältnis der Dividenden zu den im Mitgliedergeschäft erzielten Überschüssen wird zu prüfen sein; dabei muß besonderes Augenmerk auf die Höhe der Mitgliederumsätze gerichtet werden, ob diese noch in einer gesunden Relation zur Haftpflicht stehen. Schließlich wird entscheidend sein, wie groß die Beteiligung am einzelnen Unternehmen ist, weil nur sie einen Aufschluß darüber zuläßt, ob es sich noch um eine Anlage oder schon um eine Beteiligung handelt.

Wenn diese Prüfung zu ungunsten der Genossenschaft ausfällt, kann diese aufgelöst werden. Eine Auflösung muß jedoch noch immer nicht erfolgen,

²⁷⁹ oben B I 1 c aa.

²⁸⁰ In solchen Fällen kann also aus der überstarken Bildung von Eigenmitteln auf Zweckentfremdung geschlossen werden, wie Gabriel, Grundfragen . . . S. 299 ausführt. Es sei aber noch einmal darauf hingewiesen, daß es nicht die Reserven allein sind, die die Auflösbarkeit nach sich ziehen, sondern immer erst ihre verfehlte Einsetzung zu Geschäften, die mit den Mitgliederwirtschaften nichts zu tun haben.

da § 81 eine Kannvorschrift ist. Sobald aber — jedenfalls im Geltungsbereich preußischen Rechts — der Regierungspräsident das Verfahren einmal eingeleitet hat, ist das Verwaltungsgericht an den Antrag gebunden und muß das Verfahren durchführen, wenn es die Zweckentfremdung bejaht. Ob es das Verfahren für zweckmäßig hält, hat es nicht zu untersuchen. Auf Anmerkung 192 darf verwiesen werden.

Beteiligungen an Unternehmen, die den Mitgliedern auch mittelbar nicht nützen können, können zur Auflösung führen, wenn sie sich wirtschaftlich als eigene Führung des fremden Unternehmens darstellen oder wenn ihre Höhe in keinem Verhältnis zum Umfang des Zweckgeschäfts steht.

3. Das Nichtmitgliedergeschäft

„Gemeinschaftlich“ ist nur ein Betrieb, der ursprüngliche Mitgliederfunktionen ausübt. Der häufigste Verstoß gegen dieses Erfordernis ist das Nichtmitgliedergeschäft. Von der Dividendengenossenschaft unterscheidet es sich nur strukturell. Nahm diese Geschäfte vor, an denen sich die Mitglieder schon wegen der Gestaltung ihrer eigenen Wirtschaften nicht beteiligen konnten, so entspricht hier die Art des Betriebs zwar grundsätzlich den Anforderungen der Mitglieder. Das einzelne, mit einem Außenstehenden abgeschlossene, Geschäft hat jedoch keine Verbindung zu den Mitgliederwirtschaften. Denn hier erfüllt die Genossenschaft grundsätzlich²⁸¹ keine Obliegenheiten, die ohne ihr Dazwischentreten das Mitglied selbst durchführen müßte. Allenfalls führt sie Funktionen der Nichtmitglieder durch. Vom Blickwinkel des Mitglieds her führt sie also genau so artfremde und nur auf Erwerb gerichtete Geschäfte aus wie die Dividendengenossenschaft.

Es zeigt sich, daß die oben²⁸² abgelehnte Ansicht Waldeckers, ein Verbot des Nichtmitgliedergeschäfts ergebe sich aus dem Wort „gemeinschaftlich“, doch nicht so unhaltbar ist, wie sie zunächst erscheinen möchte. Richtig bleibt in jedem Falle, daß das Wort „gemeinschaftlich“ das Fremdgeschäft nicht untersagen kann, da dieses im Gesetz selbst, wenn auch ohne Angaben über den zulässigen Umfang, gestattet ist. Das grundsätzliche Gebot, die Geschäfte jedenfalls hauptsächlich nur mit Mitgliedern abzuschließen, kann aber, wenn überhaupt, hauptsächlich nur aus dem Wort „gemeinschaftlich“ herausgeholt werden, da der Förderungsbegriff allein so farblos ist, daß man ihm entsprechende Forderungen des Gesetzes wohl in keinem Fall entnehmen kann. Waldecker²⁸³ hat also recht, wenn er ausführt, daß das Problem

²⁸¹ Ausnahme: Das sogenannte „ergänzende Nichtmitgliedergeschäft“. Vgl. hierzu Westermann, Neugestaltung, und unten bei Anm. 288 und 311.

²⁸² Erster Abschnitt bei Anm. 96.

²⁸³ Lehrbuch S. 33.

des Nichtmitgliedergeschäfts nicht mit der Frage nach dem Zweck, sondern nur mit der Frage, ob der Betrieb noch gemeinschaftlich sei, angefaßt werden könnte²⁸⁴.

Nichtmitgliedergeschäfte sind also solche Geschäfte, die die Genossenschaft mit Genossen abschließen könnte, tatsächlich aber mit Außenstehenden abschließt²⁸⁵.

a) Einschränkung des Problems

Von den vier in Abschnitt 53 KStRL aufgezählten Geschäftsarten der Genossenschaft bietet Anlaß zu einer näheren Untersuchung nur das Zweckgeschäft, also diejenige Tätigkeit, um derentwillen die Genossenschaft besteht und durch die die Mitglieder unterstützt werden sollen. Die Gegengeschäfte (der Einkauf der für die Mitglieder bestimmten, der Verkauf der von den Mitgliedern stammenden Waren) und die Hilfsgeschäfte (namentlich die personellen und sachlichen Unkosten) müssen zwangsläufig zum größten Teil mit Nichtgenossen abgeschlossen werden; um sie geht es hier daher nicht²⁸⁶. Die Nebengeschäfte schließlich (alle nicht unter die drei anderen Gruppen fallenden Geschäfte) können unter Umständen zwar auch mit Mitgliedern abgeschlossen werden. Da sie aber im allgemeinen nur Gelegenheitscharakter haben und erfahrungsgemäß nur einen geringen Prozentsatz der Gesamtumsätze ausmachen, der in keinem Falle schädlich sein kann, sind sie für die hier anzustellenden Untersuchungen ebenfalls ohne Interesse²⁸⁷. Sollten die Nebengeschäfte mit Außenstehenden im Einzelfalle wirklich überhand nehmen, dann würde für diese allerdings nichts anderes gelten können als für die Zweckgeschäfte.

Weiterhin ist offensichtlich nicht schon jedes mit Dritten abgeschlossene Zweckgeschäft zu beanstanden. Werden solche Geschäfte nur gelegentlich und vorübergehend getätigt, etwa zur Werbung neuer Genossen oder zur Überbrückung einer Flaute, dann können sie in keinem Fall schädlich sein, da sie nicht Selbstzweck, sondern nur dazu bestimmt sind, das Mitglieder-

²⁸⁴ So auch Gabriel, Zur Reform . . . S. 8, 9; ders., Grundfragen . . . S. 297.

²⁸⁵ Deshalb wird die im Dritten Abschnitt unter A I 2 (nach Anm. 189) erwähnte Produktivgenossenschaft von mir als Dividendengenossenschaft angesehen. Sollten erst einige Mitglieder als Produzenten ausgefallen sein, so daß nur verhältnismäßig wenige Nichtgenossen als Arbeitnehmer eingestellt werden müßten, dann wären die zum Nichtmitgliedergeschäft entwickelten Grundsätze anzuwenden. Wie schon zu Anfang dieses Abschnittes (vor Anm. 184) ausgeführt, sind die Grenzen fließend und nicht immer scharf zu ziehen.

²⁸⁶ Dieser Gedanke steht schon im Ersten Entwurf S. 75. Siehe auch RG JW 1898, 121; Parisius=Crüger § 1 Anm. 21; Beckers S. 51 m. w. N.; von Caemmerer S. 172. Bei den Gegengeschäften kann der Gesetzeswortlaut als unmittelbarer Beweis angeführt werden (§ 8 Abs. 2: „soweit er in einer diesen Zweck verfolgenden Darlehns-gewährung besteht“).

²⁸⁷ Meyer=Meulenbergh § 8 Anm. 6.

geschäft wirkungsvoll durchführen zu können²⁸⁸. Das gleiche gilt bei Notverkäufen, etwa leicht verderblicher Ware²⁸⁹.

Weitere Voraussetzung ist, daß die Genossenschaft bei Geschäftsabschluß nicht in ihrer Entschlußfreiheit eingeschränkt ist. Wird eine Molkereigenossenschaft durch die gesetzliche Regelung des Einzugsgebietes gezwungen, auch die Produkte von Nichtgenossen abzunehmen, oder werden einer Kreditgenossenschaft im Rahmen eines öffentlichen Kreditprogramms durchlaufende Mittel für Nichtgenossen zur Verfügung gestellt, dann kann dieser gesetzliche oder behördliche Zwang der Genossenschaft nicht zum Nachteil gereichen²⁹⁰. Nichtmitgliedergeschäfte im Sinne der genossenschaftlichen Problematik sind demnach nur Geschäfte von der gleichen Art wie Mitgliedergeschäfte, die, ohne daß ein besonderer Notstand vorliegt, mit Außenstehenden abgeschlossen werden²⁹¹. Nur diese Geschäfte werden im folgenden behandelt.

b) Nichtmitgliedergeschäfte aus ideellen Gründen

Zunächst sei eine Variante untersucht, gegenüber der keine Bedenken bestehen können, und die wir „Nichtmitgliedergeschäft aus ideellen Gründen“ nennen wollen.

Unter B I 2 dieses Abschnitts wurde ausgeführt, daß es der Genossenschaft nicht verwehrt ist, die erzielten Überschüsse genossenschaftsfremd, etwa caritativ, zu verwenden, weil hierdurch der Förderungszweck nicht in Frage gestellt wird. Ist das aber so, dann kann sie auch nicht gehindert werden, die Überschüsse bedürftigen Dritten nicht erst nach Ausweis eines Bilanzgewinns und bar zur Verfügung zu stellen, sondern vorab und mit dem Ergebnis, daß ein Bilanzgewinn erst gar nicht entsteht, durch die Erlaubnis, den Geschäftsbetrieb zu Vorzugssätzen nutzen zu dürfen. Es bestünden also keine Bedenken, wenn die Satzung des im Zweiten Abschnitt bei Anm. 179 erwähnten Krankenhauses folgendermaßen abgefaßt würde:

Die Genossenschaft betreibt zur Pflege und Heilung ihrer Mitglieder eine Krankenanstalt. Im Rahmen anfallender Überschüsse ist gestattet, minderbemittelte Nichtgenossen zu Vorzugssätzen in die Anstalt aufzunehmen.

Da die Überschüsse aus dem Mitgliedergeschäft sich zwangsläufig in gewissen Grenzen halten müssen — wird die Genossenschaft zu teuer, dann werden die Mitglieder auf ihre Dienste verzichten —, kann dieses ideelle

²⁸⁸ Das wird auch von Autoren anerkannt, die das schrankenlose Nichtmitgliedergeschäft scharf ablehnen. Vgl. Paulick, Die rechtliche Situation . . . S. 6. S. auch Henzler, Neugestaltung . . . S. 74/75.

²⁸⁹ Weippert S. 110.

²⁹⁰ Paulick, Lehrbuch S. 213. Das anerkennt auch das wesentlich schärfere Steuerrecht; vgl. KStRL Abschn. 53 Abs. 4 und Abschn. 55 Abs. 6.

²⁹¹ Henzler, Neugestaltung . . . S. 74.

Geschäft neben dem eigentlichen Zweckgeschäft immer nur eine untergeordnete Rolle spielen. Die sonst so schwierige Frage, bis zu welchem Ausmaß das Fremdgeschäft zulässig sein soll, kann daher hier nicht akut werden. Denn daß es jedenfalls in dem hier möglichen bescheidenen Rahmen gestattet ist, ergibt sich bereits aus § 8 Abs. 1 Nr. 5. Sollte diese Genossenschaft beabsichtigen, den so gesteckten Rahmen zu sprengen und aus dem Fremdgeschäft eine Hauptaufgabe zu machen, dann würden die Überschüsse aus dem Zweckgeschäft hierzu einfach nicht ausreichen. Sie müßte sich also die erforderlichen Mittel auf andere Weise verschaffen, zum Beispiel neben dem normalen Mitgliedergeschäft und dem ideellen Nichtmitgliedergeschäft als dritte Geschäftssparte noch das echte, voll entgeltliche Nichtmitgliedergeschäft pflegen. Die Beurteilung dieses Falles unterläge dann ganz den im folgenden zum eigentlichen Nichtmitgliedergeschäft entwickelten Grundsätzen.

Der am Ende von B I aufgestellte Leitsatz kann daher wie folgt erweitert werden:

Eine Auflösung ist auch dann nicht möglich, wenn Überschüsse deshalb nicht entstehen, weil der Betrieb Dritten zu Vorzugssätzen oder umsonst zur Verfügung gestellt wird.

c) Das eigentliche Nichtmitgliedergeschäft

Wie ist nun zu entscheiden, wenn das Nichtmitgliedergeschäft, das im folgenden der Kürze halber²⁹² auch als „Fremdgeschäft“ bezeichnet wird, mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben wird?

Es wird mitunter, auch an Hand von Zahlenmaterial, bewiesen, daß dieses „echte“ Fremdgeschäft nie einen großen Umfang angenommen habe und daher nicht sehr wichtig genommen werden könne²⁹³. Das mag sein, liegt dann aber häufig, jedenfalls bei Genossenschaften, für die sich nicht aus § 8 Abs. 2 oder dem Steuerrecht der zwangsläufige Ausschluß des Fremdgeschäfts ergibt, mehr an der Zurückhaltung der Außenstehenden als an der Einstellung der Geschäftsleitung. Wenn Konsumgenossenschaften auf ganzseitigen Annoncen in Tageszeitungen gerade damit werben, daß sie ohne Einschränkung auch an Fremde verkaufen²⁹⁴, oder wenn sie Rabattmarken an jedermann ausgeben und auch von jedermann einlösen und die Frage nach einem Erwerb der Mitgliedschaft damit beantworten, daß sich das nicht mehr lohne, da man ja auch als Nichtmitglied Rabatt erhalte²⁹⁵, dann

²⁹² mit Reinhardt, Gen. Zusammenschlüsse S. 54.

²⁹³ Institut f. Gen.wesen S. 10/11; Paulick, Typenbeschränkung S. 131 Anm. 118; Weippert S. 110.

²⁹⁴ Weserkurier Nr. 295 vom 19. 12. 1957.

²⁹⁵ Selbst 1962 erlebt bei der seit reichlich einem Jahr bestehenden und gut eingeführten Filiale einer Großkonsumgenossenschaft, deren ältere Verkaufsstätten, soweit feststellbar, allerdings nur von Mitgliedern Rabattkarten entgegennehmen.

scheint das Problem doch immerhin so gravierend, daß sich eine nähere Untersuchung lohnt²⁹⁶.

Der Wortlaut des Gesetzes gibt wieder keine klare Auskunft. Bei der Untersuchung der Dividendengenossenschaft ist zwar erkannt worden, daß § 81 schon dann anwendbar ist, wenn die Mitgliederförderung auf andere Weise als gerade durch einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb erreicht werden soll. Genau das ist hier der Fall: Im Mitgliedergeschäft ist der Betrieb gemeinschaftlich, da er Mitgliederfunktionen ausübt; im Fremdgeschäft dagegen werden keine Mitgliederfunktionen wahrgenommen. Nun ist aber die Fassung „andere als die in diesem Gesetz bezeichneten geschäftlichen Zwecke“ alles andere als deutlich. Sie kann bedeuten: „andere Zwecke anstelle der gesetzlichen Zwecke“ und würde damit nur die reine Dividendengenossenschaft erfassen; sie kann aber auch bedeuten: „andere Zwecke neben den gesetzlichen Zwecken“ und würde damit vielleicht auch gegen das Fremdgeschäft gerichtet sein. Diese zweite Deutung scheint das Gesetz aber durch § 8 Nr. 5 selbst auszuschließen oder mindestens einzuschränken²⁹⁷. Deshalb nimmt die wohl als herrschend zu bezeichnende Lehre an, daß die Aufnahme des Fremdgeschäfts nie ein Auflösungsgrund nach § 81 sein könne²⁹⁸. Dieser auf den ersten Blick bestechende Schluß ist jedoch nicht zwingend. Daraus, daß das Gesetz eine Ausdehnung der Geschäfte über den Mitgliederkreis hinaus überhaupt zuläßt, kann nicht ohne weiteres abgeleitet werden, daß eine solche Geschäftserweiterung in jedem beliebigen Umfang erlaubt wäre. § 8 spricht von einer „Ausdehnung“ der Geschäfte. Ob von einer solchen gesprochen werden kann, wenn das Fremdgeschäft allmählich zum Hauptzweck wird, kann bezweifelt werden. § 8 muß also der Annahme, daß ein schrankenloses Fremdgeschäft nicht zulässig sei, nicht unbedingt entgegenstehen. Sollte indes die Auslegung des § 81 nicht ganz klar zu dem Ergebnis kommen, daß eine Auflösung möglich ist, dann müßte es de lege lata angesichts des § 8 als der einzigen in diesem Zusammenhang überhaupt völlig klaren Vorschrift bei der schrankenlosen Zulässigkeit des Fremdgeschäfts bleiben.

Der Initiator des Genossenschaftsgesetzes, Schulze-Delitzsch, vertrat wohl

²⁹⁶ Hier muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß eine Hauptursache dieser Entwicklung vom Gesetzgeber selbst gesetzt worden ist, der mit der völlig systemwidrigen Neufassung des § 5 des Rabattgesetzes (BGBl. 1954 I 212) den Konsumvereinen eines ihrer stärksten Werbemittel, die Warenrückvergütung, aus der Hand geschlagen und sie damit geradezu in das Nichtmitgliedergeschäft abgedrängt hat.

²⁹⁷ Auch § 8 Abs. 2 kann als Beleg angeführt werden. Wäre das Fremdgeschäft schon de lege lata verboten, dann wäre diese auf die besonderen Verhältnisse der Kreditgenossenschaften abgestellte Vorschrift überflüssig.

²⁹⁸ Parisius=Crüger § 81 Anm. 5; Lang=Weidmüller § 81 Anm. 3; Meyer=Meulenbergh § 81 Anm. 1 b; Merzbacher § 1 Anm. 4; Ellinghaus zu § 81; Deumer, Das Recht der e.G. S. 58; Beckers S. 34 m. w. N. Es wird jeweils betont, daß die Genossenschaft sich noch im Rahmen des § 1 bewege.

ursprünglich die Ansicht, daß den Genossenschaften nur das Mitglieder-
geschäft erlaubt sein sollte; Vereinigungen, die den Kreis der Mitglieder
überschreiten wollten, sollten auf die Rechtsformen der Handelsgesellschaf-
ten verwiesen werden²⁹⁹. Diese Meinung hat Schulze-Delitzsch später auf-
gegeben, „da durchaus kein Grund vorliege, diese von den Wohltaten des
Gesetzes auszuschließen“³⁰⁰. Diese Ansicht hat sich das Gesetz in einem
Punkte erkennbar zu eigen gemacht: Nachdem gerade diese Frage der Zu-
lässigkeit des Fremdgeschäfts streitig geworden war³⁰¹, bestimmte das vom
Reichstag mit größter Beschleunigung erlassene sogenannte Deklarations-
gesetz³⁰², daß Genossenschaften ihren Charakter als solche nicht dadurch
verlören, daß ihr Statut die Aufnahme des Nichtmitgliedergeschäfts vor-
sähe. Schon die Überschrift des sich nur deklaratorische Bedeutung zumes-
senden Gesetzes zeigt, daß nach Ansicht des Gesetzgebers bereits aus dem
Genossenschaftsgesetz die Zulässigkeit des Fremdgeschäfts mit hinreichen-
der Deutlichkeit erkannt werden kann. Das wird in den Verhandlungen des
Reichstags ausdrücklich bestätigt³⁰³. In voller Kenntnis und Bejahung dieser
Rechtslage ist das jetzige Gesetz erlassen worden³⁰⁴. Auch insoweit ist daher
die Ansicht des Gesetzgebers unmißverständlich.

Daraus ergibt sich aber noch nicht zwingend, daß das Fremdgeschäft unbe-
schränkt zulässig wäre. Das Deklarationsgesetz stellt es bezeichnenderweise
nicht auf die Aufnahme des Nichtmitgliedergeschäftes schlechthin ab, son-
dern nur auf seine Verankerung in der Satzung entsprechend dem heutigen
§ 8 Nr. 5! Auch hier kann man also, ohne dem Gesetz allzu großen Zwang
anzutun, immer noch der Auffassung zuneigen, daß das Gesetz zwar die
Aufnahme in die Satzung und damit natürlich auch die Durchführung des
Geschäfts in einem gewissen Rahmen gestatte, daß aber dadurch ein Freibrief
für ein schrankenloses Geschäft, das den Charakter der Genossenschaft
eben doch ändern könne, noch nicht gegeben sei³⁰⁵.

Die Entstehungsgeschichte ist allerdings noch ergiebiger. Nach der heutigen

²⁹⁹ Sten. Berichte des Preußischen Abgeordnetenhauses 1863 S. 262/63; zitiert
nach Beckers S. 16.

³⁰⁰ Sten. Berichte 1866 S. 1257; zitiert nach Beckers S. 16.

³⁰¹ Wegen der Einzelheiten vgl. Beckers S. 34; Parisius-Crüger § 8 Anm. 15.

³⁰² Gesetz betreffend die Deklaration des § 1 des Gesetzes vom 4. 7. 1868 (RGBl.
1871 S. 101). Das Gesetz erging unter der Herrschaft des Genossenschaftsge-
setzes des Norddeutschen Bundes, das den heutigen §§ 1 und 81 entspre-
chende Vorschriften enthielt.

³⁰³ Sten. Berichte der Verhandlungen des Deutschen Reichstags, 1. Legislatur-
periode, 1. Session 1871, Erster Band S. 461 ff., 653, 673.

³⁰⁴ Erster Entwurf S. 75. Vgl. auch ebd. S. 87, wonach der in § 1 des bisherigen
Gesetzes bei Konsum- und Wohnungsvereinen enthaltene Zusatz „an ihre
Mitglieder“ unter Hinweis auf die ausreichende Regelung des § 8 gestrichen
wurde.

³⁰⁵ Das ist die Auffassung von Gabriel, Zur Reform . . . S. 8, nach dem § 1 das
Fremdgeschäft an sich völlig ausschließt, das Gesetz selbst aber in § 8 in ge-
wissem Umfange ein Abweichen von diesem Grundsatz gestattet.

Rechtslage (§ 8 Abs. 2) ist als einziger Genossenschaftssparte den Kreditgenossenschaften jedes Nichtmitgliedergeschäft verboten. Die Entwürfe³⁰⁶ sahen für diesem Verbot zuwiderhandelnde Kreditgenossenschaften eine besondere Auflösungsmöglichkeit vor. Wegen starker Bedenken, die gegen diese für Vorschußvereine lebensgefährliche Klausel erhoben wurden³⁰⁷, wurde im Laufe der weiteren Beratungen diese besondere Auflösungsbestimmung wieder fallengelassen³⁰⁸, da die als Kompromiß in § 160 neu eingefügten Ordnungsstrafvorschriften als ausreichende Sanktion angesehen wurden.

Hier kann nun kaum ein Zweifel mehr offen bleiben, daß der historische Gesetzgeber eine Auflösung nach § 81 nicht für zulässig erachtete. Andernfalls hätte es einer besonderen Bestimmung gerade für Vorschußvereine nicht bedurft. Wäre die Ausnahmebestimmung für Kreditgenossenschaften wirklich ins Gesetz aufgenommen worden, dann hätte zweifellos der Umkehrschluß gezogen werden können, daß andere Genossenschaften bei Einführung des Fremdgeschäfts nicht aufgelöst werden dürften. An dieser Rechtslage kann sich aber dadurch nichts ändern, daß man von der endgültigen Aufnahme der Vorschrift ins Gesetz abgesehen hat, und noch dazu mit der Begründung, daß diese Sanktion zu hart erscheine!

Dieser klar erkennbare Wille des Gesetzgebers hat im Gesetz einen hinreichenden Niederschlag gefunden, denn, wie gesagt, spricht § 8 Nr. 5 eher für als gegen die Zulässigkeit des Fremdgeschäfts. Wird aber die wörtliche Interpretation durch die Entstehungsgeschichte bestätigt, dann sind wir an dieses Ergebnis wenigstens so lange gebunden, als nicht andere Gründe zwingend eine Abkehrung davon verlangen. Sind solche Gründe erkennbar?

Einige Autoren scheinen diese Frage zu bejahen³⁰⁹. Die Begründungen variieren, überall ist jedoch ein Hauptnenner zu erkennen: Die Genossenschaft solle ausschließlich die Wirtschaften ihrer Mitglieder fördern, sei also als „Hilfsbetrieb“³¹⁰ ausgestattet. Deshalb sei ihr jedes eigene Gewinnstreben untersagt. Die notwendig auf Gewinn gerichtete Abwicklung von Geschäften mit Außenstehenden sei daher und wegen des Abweichens vom Kostendeckungsprinzip verpönt; das Fremdgeschäft sei daher nur als „ergänzendes“ Geschäft zu gestatten³¹¹.

³⁰⁶ Erster Entwurf § 76 und S. 157; Zweiter Entwurf Band 4 (1. Anlageband) § 77 und S. 235.

³⁰⁷ Parisius=Crüger § 8 Anm. 16.

³⁰⁸ Zweiter Entwurf Band 5 (2. Anlagenband) Drucksache 132 S. 793 ff.

³⁰⁹ Die Ansicht Waldeckers, daß sich bereits aus dem Wort „gemeinschaftlich“ ein Verbot des Nichtmitgliedergeschäfts ergebe, ist oben bereits abgelehnt worden und sei daher hier nur noch kurz erwähnt. Vgl. Anm. 282.

³¹⁰ Paulick, Lehrbuch S. 4 und 331.

³¹¹ Westermann, Neugestaltung . . . S. 95 ff.; Henzler, Neugestaltung . . . S. 76 („in dem Umfang vertretbar, in dem es durch den Förderungszweck geboten und gedeckt ist“); Institut f. Gen.W. S. 24; Weippert S. 109; v. Caemmerer S. 173; Nagel § 81 Anm. 1 b; Ahle S. 25; Messerschmidt S. 136.

Es ist schon fraglich, ob der Genossenschaft wirklich jedes Gewinnstreben verboten ist³¹². Denn wie soll im Einzelfall das in jedem Falle berechnete Anliegen, ein genügendes Kapitalpolster zu schaffen, von dem verpönten Gewinnstreben unterschieden werden³¹³? Müßte man sonst nicht in letzter Konsequenz zu dem Ergebnis kommen, daß eine Genossenschaft, die jahraus, jahrein Rückvergütungen in immer der gleichen Höhe vornehmen konnte, ihre Preise senken muß, da die erzielten Überschüsse auf einer Kalkulation beruhen, die nicht nur gewisse Rückschläge einrechnet, sondern bewußt zu hoch angesetzt wird, um am Jahresende den Anreiz der Rückvergütung anbieten zu können? Außerdem muß darauf hingewiesen werden, daß dieser Gedanke, eine Genossenschaft dürfe keinen Gewinn erzielen, nie bis in die letzten Konsequenzen durchgeführt worden ist. Wenn zum Beispiel allgemein anerkannt wird, daß Notverkäufe verderblicher Waren gestattet sind³¹⁴, dann ist das schon ein erster Einbruch. Denn hier werden — wenn auch aus vernünftigen und anzuerkennenden Gründen — Gewinne im Fremdgeschäft erzielt. Von hier bis zum Nichtmitgliedergeschäft zur Kapazitätsausnutzung ist nur noch ein kleiner Schritt; und bilanzmäßig betrachtet hat jedes Fremdgeschäft ohne Rücksicht auf die ihm zugrunde liegenden Erwägungen die gleiche Wirkung: Ausweisung höheren Reingewinns³¹⁵. Diese Überlegungen werden von den Autoren, die eine Einschränkung des Fremdgeschäfts fordern, nicht verkannt; sie erklären, daß nicht das einzelne Geschäft verpönt sei, sondern die Tendenz, die sich in der Gesamtheit der Fremdgeschäfte widerspiegelt³¹⁶. Eine solche Auslegung kann sich zwar auf den Wortlaut des § 81 beziehen, der („Verfolgt“) es ebenfalls auf eine subjektive Haltung abstellt. Trotzdem erscheint zweifelhaft, ob eine dergestalt zu mißbilligende Tendenz überhaupt festgestellt werden kann, und das nicht nur im Einzelfall, sondern ganz allgemein: Jedes Fremdgeschäft hat immer den Zweck, Verluste zu vermeiden oder Gewinne zu erzielen, das heißt also, den Jahresgewinn zu erhöhen. Aus diesem Blickwinkel ist es daher gleichgültig, ob eine Konsumgenossenschaft Erdbeeren an Außenstehende verkauft, weil sie den Bedarf ihrer Mitglieder überschätzt hat, oder ob sie das tut, weil sie sich von vornherein über den geschätzten Bedarf der Mitglieder hinaus eingedeckt hat. Der Ausgangspunkt dieser beiden Fälle ist verschieden; das Ergebnis ist jedoch jedesmal

³¹² Verneinend schon v. Sicherer S. 146. Westermann, Rückvergütung S. 8 weist zutreffend darauf hin, daß § 19 nur Sinn hat, wenn Gewinn erzielt werden darf.

³¹³ Deshalb setzt schon der erste Entwurf S. 74 das Gewinnstreben als selbstverständlich voraus. Nach Meyer=Meulenbergh § 1 Anm. 1 c ist „Gewinnerzielung nicht wesensnotwendig“, also möglich.

³¹⁴ Vgl. oben Anm. 289.

³¹⁵ Große S. 48/49.

³¹⁶ Westermann, Neugestaltung . . . S. 95; Draheim, Gen. Zusammenschlüsse S. 226.

das gleiche: Stärkung der Eigenmittel bzw. Vermehrung der zur Ausschüttung verfügbaren Beträge.

Aber auch wenn diese Bedenken nicht weiter vertieft werden, dann muß doch gegen die Argumentation, die Genossenschaft müsse notwendig ein Hilfsbetrieb sein, eingewendet werden, daß dieses Dogma vom Hilfsbetrieb wenigstens bei einer Genossenschaft nicht zutrifft, der Produktivgenossenschaft des § 1 Nr. 4. Dort unterstützt der Geschäftsbetrieb nicht den Erwerb der Mitglieder, sondern er ist selbst die Erwerbsquelle der Mitglieder. Aus der „Hilfswirtschaft“ ist jedenfalls hier eine auf Gewinn gerichtete Erwerbswirtschaft geworden^{316a}. Bei dieser Genossenschaft also stimmt es nicht, daß der Betrieb nur etwas „bereits Vorhandenes“ fördern könne³¹⁷; sie schafft vielmehr den zu fördernden Beruf der Mitglieder erst selbst. Wenn auch zuzugeben ist, daß die Produktivgenossenschaft in manchem Punkt vom Schema der übrigen Genossenschaften abweicht³¹⁸, so sieht sie das Gesetz doch nicht als Sonderfall an, sondern als echte Genossenschaft, die allen anderen Genossenschaften gleichwertig und wie diese dem Gesetz in jeder Hinsicht unterworfen ist. Sie entspricht also voll und ganz dem rechtlichen Begriff der eingetragenen Genossenschaft, wie weiter oben schon ausgeführt worden ist³¹⁹. Daß die Produktivgenossenschaft kein Hilfsbetrieb ist, wird weitgehend anerkannt³²⁰. Man mag daraus folgern, daß diese Spezialform de lege ferenda besser gesondert geregelt werden sollte — solange dies nicht geschehen ist, kann jedenfalls kein Zweifel bestehen, daß das Gesetz eine andere Behandlung dieser Genossenschaftsart weder verlangt noch gestattet. Daraus erhellt zwingend, daß das Gesetz wenigstens bei der Produktivgenossenschaft nicht die Forderung aufstellt, eine Genossenschaft dürfe nicht mehr als ein Hilfsbetrieb sein. Läßt sich aber aus § 1 jedenfalls für die Produktivgenossenschaft nicht ableiten, daß der genossenschaftliche Betrieb nur ein Hilfsbetrieb sein dürfe, dann kann § 1 auch bei anderen Genossenschaften zu einer solchen Auslegung nicht führen, da er offensichtlich zwischen den einzelnen Genossenschaftsarten nicht differenziert, sondern bei ihnen allen in gleicher Weise eine Mitgliederförderung durch gemeinschaftlichen Betrieb voraussetzt. Und auch bei der Produktivgenossenschaft ist das Nichtmitgliedergeschäft nicht undenkbar, wie in Anm. 285 ausgeführt wurde; hier wenigstens könnte nie behauptet werden, daß der Hilfsbetrieb sich in einen zum Selbstzweck gewordenen Gewerbe-

^{316a} Vgl. Paulick, Lehrbuch S. 73, der aus diesem Grunde meint, daß die Produktivgenossenschaft, streng genommen, nicht in das Genossenschaftsgesetz gehöre.

³¹⁷ so Giffhorn S. 13.

³¹⁸ Einige Gründe dafür bei Henzler, Auswirkungen des Betriebsverfassungsgesetzes . . . S. 150.

³¹⁹ Erster Abschnitt bei Anm. 103.

³²⁰ Bundesjustizministerium S. 12; Henzler, Neugestaltung . . . S. 68; Weippert S. 112.

betrieb verwandelt habe, da ja nie ein Hilfsbetrieb bestanden hat. Auf diese Weise ist die rechtliche Unzulässigkeit des Fremdgeschäfts mithin nicht beweisbar.

Auch mit der Theorie der gesetzlichen Typenbeschränkung³²¹ wird sie schwerlich zu begründen sein. Es kann zwar nicht bestritten werden, daß das Nichtmitgliedergeschäft ein der normalen Form der Genossenschaft nicht entsprechender „Fremdkörper“ ist. Gegen den daraus gezogenen Schluß, daß dieser Fremdkörper nicht mehr geduldet werden könne, sobald das Fremdgeschäft den Charakter eines bloßen Ergänzungsgeschäfts verliere³²² und zum Selbstzweck werde, weil in diesem Moment die Einheit von Inhalt und Form verlorengehe³²³, müssen jedoch die oben schon angeführten Bedenken geltend gemacht werden. Die Genossenschaft ist kein Selbstzweck. Sie besteht nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen der in ihr verbundenen Menschen. Der Typ ist also nicht um seinetwillen zu schützen. Die scharfe Waffe der Auflösung darf erst eingesetzt werden, wenn höhere Interessen als die Reinerhaltung des Typs „Genossenschaft“ dies verlangen. Solche Interessen, die es gestatteten, die bindende Interpretation des § 8 Nr. 5 so stark einzuschränken, sind aber nicht ersichtlich. Welches Rechtsgut sollte so stark verletzt sein, daß der Vorstand einer das Fremdgeschäft betreibenden Genossenschaft bestraft werden müßte? Denn das ergäbe sich alsdann zwingend aus § 149, der ja inhaltlich mit § 81 übereinstimmt. Wenn also im Einzelfall die bloße Möglichkeit eines Einschreitens nach § 81 bejaht wird, dann hat der Vorstand die Strafe nach § 149, nicht bloß die Möglichkeit einer Bestrafung, verwirkt. Strafrechtliche Tatbestände aber müssen im Sachverhalt klar sein. Der Staatsbürger darf sich darauf verlassen, daß die klare Erlaubnis des § 8 nicht durch eine andere Vorschrift in ein strafrechtliches Verbot umgemünzt wird, wenn diese andere Vorschrift das nicht ganz eindeutig erklärt. Nulla poena sine lege! Das heißt nicht nur: „Keine Strafe da, wo ein Gesetz fehlt“, sondern auch: „Keine Strafe da, wo das Gesetz das nicht klar ausspricht“³²⁴.

Die gleichen Argumente müßten auch gegen den Versuch vorgetragen werden, eine Auflösung mit der auch hier vertretenen Theorie, daß „gemeinschaftlich“ nur ein Betrieb ist, der ursprüngliche Mitgliederfunktionen wahrnimmt, begründen zu wollen. Richtig ist, daß das Fremdgeschäft dem Grundsatz des § 1 nicht mehr entspricht und Funktionen ausübt, die nicht aus den Mitgliederwirtschaften abgeleitet sind³²⁵. Zwar kann nicht gelegnet werden, daß die Mitglieder noch wirtschaftlich gefördert werden, aber das geschieht nicht mehr durch einen auf ihre Wirtschaftsführung zuge-

³²¹ Vgl. Dritter Abschnitt A II 1 b.

³²² Paulick, . . . Typenbeschränkung S. 90.

³²³ ebd. S. 129 ff.

³²⁴ Es sei darauf hingewiesen, daß auch Paulick, . . . Typenbeschränkung S. 88 Anm. 4 a. E. die Anwendung des § 81 noch ablehnt.

³²⁵ Gabriel, Grundfragen . . . S. 297.

schnittenen Betrieb. Und bei den Untersuchungen zur Dividendengenossenschaft ist festgestellt worden, daß es zur Auflösung nicht nur dann kommen kann, wenn die Förderung der Mitglieder nicht mehr angestrebt wird, sondern schon dann, und gerade dann, wenn diese Förderung durch einen mit den Mitgliederwirtschaften in keinem Zusammenhang mehr stehenden Betrieb erfolgt. Das alles spricht zunächst für die Anwendbarkeit des § 81. Und doch werden wir nicht daran vorbeikommen, daß § 8 das Fremdgeschäft gestattet. Wenn auch das Gesetz grundsätzlich davon ausgehen mag, daß die Genossenschaft sich in der Sphäre ihrer Mitglieder bewegen soll, so kann das Gesetz selbst von diesem Grundsatz auch wieder abweichen. Das ist in § 8 eindeutig geschehen. Selbst wenn damit nicht die Zulässigkeit dieser Geschäfte in jedem beliebigen Umfang gemeint sein sollte, kann es jetzt nicht Aufgabe der Gesetzesauslegung sein, eine Grenze aufzustellen, die das Gesetz selbst – und wahrscheinlich absichtlich – nicht gezogen hat.

Es bleibt schließlich zu untersuchen, ob seit Erlaß des Gesetzes Wandlungen eingetreten sind, die so stark und einschneidend sind, daß ihrerwegen eine andere Auslegung des Gesetzes unumgänglich wird. Können solche Wandlungen festgestellt werden?

Das äußere Bild der Genossenschaft hat sich in den fast hundert Jahren, die seit Erlaß des ersten Gesetzes vergangen sind, stark gewandelt. Aus kleinen und kleinsten Assoziationen sind große und mächtige Wirtschaftsgebilde geworden, die sich im Wettbewerb fest behaupten, ja sogar auf manchem Gebiet die nicht genossenschaftliche Konkurrenz auf den zweiten Platz verwiesen haben³²⁶. Bei solcher Lage kann sich das Fremdgeschäft für die Konkurrenz besonders schwerwiegend auswirken. Es muß auch weiter zugegeben werden, daß die Problematik des Nichtmitgliedergeschäftes in ihrem vollen Ausmaß erst mit den Wirtschaftsgenossenschaften aufkommen konnte. Bei den zuerst im Vordergrund stehenden Erwerbs- (meist Handwerker-) genossenschaften standen diese Fragen naturgemäß im Hintergrund, da kaum anzunehmen war, daß die Mitglieder ihre eigene Konkurrenz am Betriebe teilnehmen lassen würden. Diese Sachlage änderte sich, als die Wirtschafts-, namentlich die Konsumgenossenschaften erstarkten, deren Angebot nicht nur für bestimmte Wirtschaftskreise, sondern für jedermann geeignet ist.

Hierzu ist vorab zu bemerken: Soweit die Unzulässigkeit des Fremdgeschäfts aus wettbewerblichen Gründen, also zum Schutz der Konkurrenz, verlangt wird, ist das ein Argument, das aus dem Blickwinkel des § 81 sicher nicht gelöst werden kann. § 81 hat es mit Geschäften zu tun, die mit der Mitgliederförderung nicht in Einklang zu bringen sind, nicht mit Geschäften, die mit der Förderung der Konkurrenz disharmonisieren. Die Streitfrage, ob solche Wettbewerbsfragen inner- oder außerhalb des Genossenschaftsge-

³²⁶ Vgl. die Zahlen bei Weippert S. 122.

setzes gelöst werden sollten³²⁷, kann daher de lege lata und vom besonderen Aspekt des § 81 aus unerörtert bleiben.

Das Problem des Nichtmitgliedergeschäfts als solches ist nicht neu und vom Gesetzgeber seinerzeit auch durchaus erkannt worden; dies zeigt der (inzwischen³²⁸ aufgehobene) § 8 Abs. 4. Ob aber die heutige Entwicklung vorauszusehen war, als deren Ergebnis sich die Filiale des Konsumvereins von der gegenüberliegenden Filiale der Lebensmittel-AG für den Passanten und eintretenden Kunden nur noch durch die andere Überschrift über dem Schaufenster unterscheidet, ob weiter vorauszusehen war, daß gerade diese Tatsachen auch noch in der Werbung unterstrichen werden, ist jedoch nicht so sicher³²⁹. Außerdem kann bei dem Umfang der heutigen Unternehmen das Fremdgeschäft ganz andere Maße annehmen als bei den kleinen Vereinen des vorigen Jahrhunderts. Wenn nun das Gesetz erklärte, die Genossenschaft verliere trotzdem ihren „Charakter“ nicht, so mag man schließen, daß bei der heutigen Ausweitung der Dimensionen der Charakter durch das Fremdgeschäft eben doch gewandelt werde.

Ein solcher Schluß wäre jedoch nicht bedenkenfrei. Daß die Genossenschaft sich auch in ihrem äußeren Aufbau der Konkurrenz anpaßt, ist aus Wettbewerbsgründen erforderlich und kann ihr daher nie zum Vorwurf gereichen. Wenn das Sortiment der Lebensmittel-AG immer farbenprächtiger und ihre Verkaufstheke immer blinkender wird, dann muß die Genossenschaft mithalten³³⁰. Diese Fortentwicklung dient dem Interesse der Mitglieder. Denn wie soll die Verwaltung auch nur mit einiger Berechtigung Anspruch auf die genossenschaftliche Treue der Mitglieder erheben, wenn ihr Angebot hinter dem ihrer Wettbewerber zurückbleibt? Gerade die Gefahr, daß der Genosse den Betrieb nur so lange nutzt, als er sich davon wirklich Nutzen verspricht, zwingt die Genossenschaft zu den größten Anstrengungen, den Genossen auf die bestmögliche Art zu unterstützen, das heißt, dem ihr gestellten Grundauftrag so gut wie möglich nachzukommen. Ist die Genossenschaft nicht mehr in der Lage, ihre Mitglieder wenigstens genau so gut zu fördern, wie die nicht genossenschaftliche Konkurrenz es kann, dann hat sie ihren Sinn verloren. Hier noch vom Mitglied eine besondere Treue zu verlangen, hieße umgekehrt die Mitglieder zu Hilfsbetrieben der Genossenschaft zu machen. Daher muß jede Genossenschaft bestrebt sein, ihren Betrieb so vielseitig zu gestalten, wie ihre Kunden es

³²⁷ Vgl. Westermann, Neugestaltung . . . S. 83; Albrecht S. 153; v. Caemmerer S. 180; Henzler, Neugestaltung . . . S. 61 einerseits, Gabriel, Grundfragen . . . S. 280/81, 302 andererseits.

³²⁸ durch G. vom 21. 7. 1954, BGBl. I S. 212.

³²⁹ Aus dieser äußeren Gleichheit des Kunden der Genossenschaft mit dem Kunden des Einzelhändlers schließt z. B. der BGH, daß auch eine Genossenschaft nicht unbeschränkt Preisvergleiche vornehmen darf; I ZR 81/58 vom 26. 6. 59, zitiert nach „Handelsblatt“ vom 26. 8. 1959.

³³⁰ Albrecht S. 148; siehe auch BFH in RdL 1954, 67.

wünschen. Und wenn der Zug der Zeit zur Konzentration geht, dann darf sich nicht ausgerechnet die Genossenschaft dagegenstemmen³³¹. Hier zu verlangen, daß die ursprüngliche Ausgangssituation auch heute noch als Maßstab dienen müsse, heiße der Genossenschaft das Todesurteil sprechen. Daran muß jeder Versuch, schon in der Vergrößerung des Apparates eine „Entartung“ zu sehen³³², jedenfalls insoweit scheitern, als § 81 zur Diskussion steht³³³.

Im übrigen ist doch der Unterschied zu früheren Zeiten nur quantitativ, nicht qualitativ. Bei einer kleinen Vereinigung mit nur zehn oder zwanzig Mitgliedern wirkt sich eine Geschäftsverbindung mit nur fünf Außenstehenden viel stärker aus als bei einer Großgenossenschaft das Geschäft mit einigen hundert nicht als Mitglieder geführten Kunden. Die Größe beider Faktoren ist gewachsen, die Relation nicht. Von einer Veränderung der Grundlagen, auf denen das Gesetz basiert, kann daher keine Rede sein³³⁴. Heute wie 1871 kann das Nichtmitgliedergeschäft zu einer Auflösung nach § 81 nicht führen.

Diese Feststellung bedarf nur einer Einschränkung, die sich jedoch bereits aus der hier gezogenen Grenze zwischen Fremdgegeschäft und Dividendengenossenschaft ergibt. Am Anfang der Untersuchungen über das Mitgliedergeschäft wurde ausgeführt, daß diese Grenze flüssig ist. Eine Genossenschaft, die nur Geschäfte mit Außenstehenden betreibt, wird auch dann noch als Dividendengenossenschaft angesprochen werden können, wenn es ihr nach Art und Struktur ihres Betriebes an sich noch möglich wäre, (auch) Mitgliedergeschäfte zu tätigen. Je stärker nun bei einer Genossenschaft, die auch Mitgliedergeschäfte betreibt, das eigentliche Zweckgeschäft vernachlässigt wird, um so mehr nähert sie sich der Dividendengenossenschaft³³⁵. Wenn daher das Fremdgegeschäft so stark überhand nimmt, daß es zum vollen

³³¹ Nach Bühler (zitiert nach Paulick, . . . Typenbeschränkung S. 3 Anm. 10) ist es die unfehlbare Tendenz jedes größeren Betriebs, auch einer Hilfsgesellschaft, sich zu einem Eigenbetrieb zu entwickeln.

³³² So namentlich die Eingabe des Gesamtverbandes des Deutschen Groß- und Außenhandels e.V. vom 10. 2. 1954 an den Bundesminister für Wirtschaft (abgedruckt in „Referate und Materialien“ Bd. 1 S. 447).

³³³ Im Ergebnis ebenso Gabriel, Zur Reform . . . S. 16; Schröder, Kapitalgrundlage . . . S. 308/09; v. Caemmerer S. 174; Henzler, Neugestaltung S. 54; Reinhardt, Die Verfassung der Genossenschaft . . . S. 67, 70; Albrecht S. 133, 148 ff.; Plückerbaum S. 25.

³³⁴ Bezeichnenderweise klagt Goldschmidt schon in ZHR 37, 23 ff. über das „schränkenlose Überhandnehmen“ des Fremdgegeschäfts. — Auch Paulick, Lehrbuch S. 30, glaubt nicht, daß eine wesentliche Änderung der Wertvorstellungen eingetreten ist. Ebenso Westermann, Neugestaltung . . . S. 79.

³³⁵ Besonders instruktiv BFH I 150/58 U vom 28. 7. 59 (zitiert nach „Deutsche Zeitung und Wirtschaftszeitung“ vom 11. 9. 59): Eine Waldgenossenschaft mit dem Betriebszweck, die Mitglieder mit Holz zu versorgen, hat ein für ihre Zwecke viel zu großes Waldgrundstück und muß mit Heranwachsen des Waldes immer mehr Holz an Nichtmitglieder abgeben.

Hauptzweck wird, dann bestehen keine Bedenken, auch die zur Dividendengenossenschaft entwickelten Grundsätze anzuwenden und die Auflösbarkeit nach § 81 zu bejahen. Dies aber nicht deshalb, weil die Genossenschaft auch Nichtmitglieder versorgt, sondern allein deshalb, weil sie das Zweckgeschäft derart vernachlässigt hat, daß um seinerwillen die Verhaftung der Genossen für den ihnen wesensfremden Teil der Geschäfte nicht mehr verantwortet werden kann. Hier stehen auch § 8 Nr. 5 und der Gedanke des Deklarationsgesetzes nicht entgegen. Es wird nicht bestritten, daß das Fremdgeschäft zulässig ist und für sich allein den Charakter der eingetragenen Genossenschaft nicht verändern kann. Hier ist aber dieser Charakter bereits dadurch verlorengegangen, daß die Genossenschaft ihren gemeinschaftlichen, auf die Mitgliederwirtschaften zugeschnittenen Betrieb aufgegeben hat. Das ist nicht mehr so sehr ein Problem des Nichtmitgliedergeschäfts als ein solches der Dividendengenossenschaft. Und deshalb ist wahrscheinlich, daß der hier geschilderte Fall in Wirklichkeit wohl nie eintreten wird. Denn es genügt nicht, daß überhaupt Fremdgeschäfte durchgeführt werden, es reicht nicht, daß diese keinen ergänzenden Charakter mehr tragen, ja nicht einmal, daß sie einen erheblichen Anteil ausmachen; es muß vielmehr so liegen, daß umgekehrt das Mitgliedergeschäft ganz stark in den Hintergrund getreten ist und nur noch als Anhängsel an das Fremdgeschäft, gewissermaßen als Aushängeschild erscheint. Denn erst dann kann man sagen, daß die Mitglieder in den Vorteilen ihrer Vereinigung kein genügendes Äquivalent für ihre Haftpflicht mehr finden. Damit dürfte dieser Fall Bedeutung nie erlangen können³³⁶, und deshalb wird grundsätzlich an dem Satz festgehalten werden können, daß das Nichtmitgliedergeschäft eine Auflösung nach § 81 nicht nach sich ziehen kann.

³³⁶ So wohl auch Paulick, Gedanken zur Reform . . . S. 30.

Nach § 81 sind auflösbar nur Dividendengenossenschaften und im Einzelfall Beteiligungsgenossenschaften oder solche Vereinigungen, die das Nichtmitgliedergeschäft in ungewöhnlich großem Umfang pflegen, wenn die wesensfremde Tätigkeit bei ihnen so groß geworden ist, daß sie der Tätigkeit der Dividendengenossenschaft gleichgesetzt werden kann. Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift entspricht also der schon ganz zu Anfang erwähnten wirtschaftlichen Bedeutung. Denn Genossenschaften, auf die die Auflösungsbedingungen zutreffen, sind so entartet, daß von den ursprünglichen Gedanken, die bei ihrer Gründung Pate gestanden haben, auch nichts mehr verblieben ist. Eine so große Entartung scheint aber eben doch nicht vorzukommen. Denn solange die Mitglieder an ihrer Vereinigung auch nur etwas Interesse nehmen, hat diese es nicht nötig, nach derartigen Auswegen Ausschau zu halten. Und wenn das Interesse der Mitglieder wirklich entfallen ist, dann ist der gewöhnliche Lauf der Dinge der, daß die Genossenschaft eher oder später freiwillig oder mit Nachhilfe des Revisionsverbandes nach § 3 des Gesetzes vom 9. 10. 1934 liquidiert wird. Ein Bedürfnis, den so entarteten Betrieb gewaltsam auf neue Rechtsformen umzustellen und ihn dadurch aufrechtzuerhalten, scheint nirgends zu bestehen, würde wohl auch nur schwer in die Tat umgesetzt werden können, weil es eben an jeder Initiative der interesselos gewordenen Mitglieder fehlt. Bei allen Klagen über die zunehmende Entfremdung zwischen Betriebsleitung und Mitglied ist es eben anscheinend immer noch so, daß einer Genossenschaft, die von den Mitgliedern fallengelassen wird, die Wurzeln abgeschlagen sind.

So mag es sich erklären, daß schon in der Vergangenheit ein ernsthaftes Bedürfnis für die Anwendung des § 81 nie zu entdecken war. Ganz sicher ist jedoch, daß ein solches Bedürfnis in Zukunft erst recht nie entstehen wird. Denn seit 1934 gibt es in § 54 a eine Waffe, die ungleich schärfer und wirkungsvoller, aber doch viel geräuschloser und handlicher ist als das umständliche Verfahren nach § 81. Der Prüfungsverband kann die Genossenschaft mit wesentlich größerem Erfolg zur Einhaltung der Postulate des § 1 zwingen als jede staatliche Behörde. Denn ihm steht das Druckmittel des Ausschlusses aus dem Verband zur Verfügung, der schneller und sicherer

zur Auflösung führt als ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, und der außerdem gerichtlich nur in sehr beschränktem Umfang nachgeprüft werden kann³³⁷.

Die zweite Alternative des § 81, die nie Bedeutung erlangt hat, erscheint daher heute überflüssig. Bei der anstehenden Reform des Gesetzes sollte die Vorschrift daher ersatzlos gestrichen werden. Es wäre nur zu begrüßen, wenn sich der Gesetzgeber von einer Bestimmung distanzieren würde, die wegen der politischen Konstellationen zur Zeit ihrer Entstehung das Odium polizeistaatlicher Herkunft und freiheitsfeindlicher Grundeinstellung nie verlieren wird.

³³⁷ Vgl. Staudinger-Coing § 35 Anm. 8 a.

Zum Referentenentwurf eines Genossenschaftsgesetzes 1962

Erst nach Fertigstellung dieser Arbeit ist der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums³³⁸ veröffentlicht worden; es war daher nicht möglich, in den vorausgegangenen Untersuchungen auf diesen Entwurf bereits einzugehen. Einige Bemerkungen mögen jedoch am Platze sein.

Zunächst fällt auf, daß der Entwurf den Begriff „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“ fallenläßt und statt dessen definiert, daß die Förderung speziell in der Nutzung des Betriebes durch die Mitglieder liegen müsse³³⁹. Diese Neufassung soll der Klarstellung dienen; in einem gewissen Umfang erreicht sie diesen Zweck auch.

Eine sachliche Änderung des Genossenschaftsbegriffes strebt der neue Text offensichtlich nicht an, wie auch aus der Begründung hervorgeht. Insofern

³³⁸ Referentenentwurf eines Genossenschaftsgesetzes, Mitteilung des Bundesjustizministeriums vom 28. Februar 1962, Aktenzeichen — 3520/2 —; hier zitiert nach der Zusammenstellung des Deutschen Genossenschaftsverbandes (Schulze-Delitzsch) e.V., Bonn.

³³⁹ § 1 des Entwurfs lautet:

„(1) Die Genossenschaft ist eine Gesellschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl und eigener Rechtspersönlichkeit. Ihr Zweck muß darauf gerichtet sein, ihre Mitglieder dadurch wirtschaftlich zu fördern, daß sie die Einrichtungen der Genossenschaft in Anspruch nehmen können.“

(2) Der Zweck einer Genossenschaft kann auch darauf gerichtet sein, ihre Mitglieder dadurch wirtschaftlich zu fördern, daß sie ihrem Erwerb im Betrieb der Genossenschaft nachgehen können.“

Stilistisch unbefriedigend ist, daß Abs. 1 Satz 1 sich sowohl auf die Genossenschaften des Abs. 1 Satz 2 als auch auf die Genossenschaften des Abs. 2 bezieht. Folgt man dem Gedankengang des Entwurfs, dann wäre etwa folgende Fassung vorzuziehen:

„(1) Die Genossenschaft ist eine Gesellschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl und eigener Rechtspersönlichkeit. Ihr Zweck muß auf die wirtschaftliche Förderung ihrer Mitglieder gerichtet sein.“

(2) Die wirtschaftliche Förderung darf nur darin liegen, daß die Mitglieder entweder die Einrichtungen der Genossenschaft in Anspruch nehmen oder ihrem Erwerb im Betrieb der Genossenschaft nachgehen können.“

mag es begrüßenswert sein, den spröden und für die Auslegung so schwierigen³⁴⁰ Begriff „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“ durch das handlichere Merkmal der Betriebsnutzung zu ersetzen. Gleichzeitig vermeidet die Neufassung den ohnehin nicht vollständigen Katalog des jetzigen § 1. Diese Vorteile werden aber schwer erkaufte: Die nunmehr gewonnene Definition paßt nur noch auf die Genossenschaften, deren Mitglieder gleichzeitig ihre Kunden sind. Für die Produktivgenossenschaften muß der Entwurf daher eine eigene Definition geben und sieht die Förderung der Mitglieder, insofern wieder durchaus in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht, darin, daß sie ihren Erwerb im Betrieb der Vereinigung finden können. Ob diese Definition als Fortschritt angesehen werden kann, ist sehr zweifelhaft. Zwar wurde auch im Rahmen dieser Arbeit³⁴¹ festgestellt, daß die Produktivgenossenschaft in mancher Hinsicht vom Schema der übrigen Genossenschaften abweicht. Trotzdem ist es dem geltenden Recht gelungen, eine einheitliche Definition für die Hilfs- und Vollgenossenschaften zu schaffen. Wenn man, wie der Entwurf es anscheinend tut³⁴², der hier vertretenen Ansicht folgt, wonach das Gemeinschaftliche gerade darin liegt, daß die Genossenschaft Tätigkeiten vornimmt, die den Mitgliederwirtschaften entlehnt sind, dann wäre es nach Ansicht des Verfassers vorzuziehen, auf die doppelte Definition zu verzichten und es lieber doch bei der bisherigen Fassung zu belassen, wobei unbenommen bliebe, den gegebenenfalls aus sich allein heraus schwer verständlichen Begriff „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“ im Wege der Legaldefinition näher zu umreißen³⁴³.

Alle diese Überlegungen betreffen indes nur den Gesetzesstil. Sachlich bleibt in § 1 alles beim alten. Man möchte also annehmen, daß auch § 81 ungefähr in der bisherigen Form bestehen bleibt oder — entsprechend den obigen Überlegungen — gar eingeschränkt wird. Das ist nicht der Fall³⁴⁴.

³⁴⁰ Vgl. oben 2. Hauptteil, 1. Abschnitt, B.

³⁴¹ Vgl. oben Anm. 103.

³⁴² In der Begründung zu § 1 heißt es: „Das Wesen einer Genossenschaft besteht . . . darin, daß sie für ihre Mitglieder die Ausübung bestimmter Funktionen . . . übernimmt, die von den Mitgliedern — ohne die Genossenschaft — in der eigenen Erwerbs- oder Hauswirtschaft getätigt werden müßten.“

³⁴³ Etwa so, wie dies oben nach Anm. 141 geschehen ist.

³⁴⁴ § 161 Abs. 1 des Entwurfs lautet:

„Eine Genossenschaft kann auf Antrag der zuständigen obersten Landesbehörde des Landes, in dem die Genossenschaft ihren Sitz hat, durch Urteil aufgelöst werden, wenn sie

1. durch gesetzwidriges Verhalten ihrer Verwaltungsträger das Gemeinwohl gefährdet und die Mitgliederversammlung nicht für eine Abberufung der Verwaltungsträger sorgt,
2. ihre Mitglieder nicht in der in § 1 bestimmten Weise wirtschaftlich fördert oder
3. Nichtmitgliedergeschäfte trotz Ahndung nach § 241 über den nach § 6 zulässigen Umfang hinaus betreibt.

Ausschließlich zuständig für die Klage ist das Landgericht, in dessen Bezirk die Genossenschaft ihren Sitz hat.“

a) Die erste Alternative des § 81 kehrt sinngemäß in Ziffer 1 des neuen § 161 wieder. Insoweit wird die Neufassung nicht beanstandet werden können. Zu begrüßen ist, daß der Mitgliederversammlung die Chance eingeräumt wird, der Auflösung durch Abberufung des Vorstands oder Aufsichtsrats zu begegnen. Allerdings vermißt man eine Begründung für den Wechsel der Zuständigkeit vom Verwaltungs- zum ordentlichen Gericht.

b) Neu ist die Vorschrift über die Auflösbarkeit wegen verbotener Nichtmitgliedergeschäfte. Daraus folgt zunächst, daß der Entwurf der oben³⁴⁵ geschilderten herrschenden Meinung folgt, wonach de lege lata die Auflösung aus diesem Grunde nicht möglich ist: Andernfalls wäre die Bestimmung überflüssig³⁴⁶. Im übrigen ist es vom Standpunkt der hier vertretenen Ansicht aus ziemlich belanglos, ob das Nichtmitgliedergeschäft mit Auflösung bedroht wird oder nicht; es ist dies ausschließlich eine rechtspolitische Frage, die so oder so gelöst werden kann. Um so auffälliger muß dann aber sein, daß eine klare Begründung für diese erhebliche Verschärfung nicht gegeben wird. In diesem Zusammenhang nichtssagend ist die Feststellung, daß der Aufbau der Konsumgenossenschaften nach dem letzten Kriege abge-

Absatz 1 des angezogenen § 6 lautet:

„Eine Genossenschaft der in § 1 Abs. 1 bezeichneten Art darf, auch wenn Nichtmitgliedergeschäfte nach der Satzung zugelassen sind, ihre Einrichtungen im regelmäßigen Geschäftsverkehr Nichtmitgliedern nur zur Verfügung stellen, soweit der Umfang der mit Nichtmitgliedern getätigten genossenschaftlichen Zweckgeschäfte im Geschäftsjahr zehn vom Hundert des Gesamtumfangs der im vorangegangenen Geschäftsjahr getätigten Zweckgeschäfte nicht übersteigt. Hat die Genossenschaft mehrere Geschäftszweige, so darf sie Nichtmitgliedergeschäfte nur nach dem in Satz 1 bestimmten Verhältnis der in jedem einzelnen Geschäftszweig getätigten Zweckgeschäfte betreiben. Zur Werbung neuer Mitglieder darf die Grenze von zehn vom Hundert in den ersten drei vollen Geschäftsjahren

1. nach Eintragung der Genossenschaft oder
2. nach Aufnahme eines neuen Geschäftszweigs hinsichtlich der in diesem Geschäftszweig getätigten Zweckgeschäfte überschritten werden. Sie darf ferner überschritten werden, wenn die Größe einer bestimmten Anlage der Genossenschaft betriebswirtschaftlich bedingt ist und die Rentabilität der Anlage angesichts der Zahl der Mitglieder nur durch Nichtmitgliedergeschäfte erreicht werden kann; dies gilt nicht, wenn bereits bei Errichtung der Anlage nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung erkennbar war, daß die Rentabilität auf die Dauer nur durch Nichtmitgliedergeschäfte erreicht werden kann, deren Umfang die Grenze von zehn vom Hundert überschreitet. Eine Genossenschaft, der andere Genossenschaften angehören, darf ihre Einrichtungen auch den Mitgliedern ihrer Mitglieds-genossenschaften zur Verfügung stellen, sofern die Mitglieds-genossenschaft mit diesem Geschäftsverkehr einverstanden ist.“

Hier stört etwas die definitionslose Verwendung des bisher im Genossenschaftsgesetz nicht verwendeten und nur in Abschn. 53 KStRL auftauchenden Begriffs „Zweckgeschäft“.

³⁴⁵ Anm. 298.

³⁴⁶ Die Begründung zu § 6 des Entwurfs ist allerdings etwas zweifelhafter gehalten.

geschlossen sei³⁴⁷; diese Begründung setzt — ebenso wie die kurz vorher getroffene Feststellung, es bestünde sonst die Gefahr, daß die Genossenschaften dem eigentlichen Förderungszweck entfremdet würden — bereits voraus, daß das Nichtmitgliedergeschäft grundsätzlich und mit allen Mitteln unterbunden werden sollte. Dafür mag tatsächlich manches Argument sprechen; angesichts der viel freieren Auffassung des geltenden Gesetzes hätte man jedoch eine nähere Auseinandersetzung mit diesen Problemen erwarten dürfen.

Unabhängig davon, wie man sich zu diesem Hauptproblem stellt, muß festgestellt werden, daß der Vorschlag zu einigen praktisch wohl unüberwindlichen Schwierigkeiten führen würde. Wie soll ein Konsumgenossenschaft in ihrem Selbstbedienungsladen im Stoßgeschäft des Samstagmittags kontrollieren, wer Mitglied ist und wer nicht? Wie soll sie eine neue Filiale eröffnen können, wenn ihr die Überschreitung der 10-Prozent-Grenze nicht einmal im Anfangsstadium gestattet wird³⁴⁸? Wie soll schließlich „bei Errichtung der Anlage“³⁴⁹ erkannt werden können, ob sie im Mitgliedergeschäft rentabel sein wird? Das wird in großem Umfange doch davon abhängen, wie viele Mitglieder die Genossenschaft in Zukunft werben kann, und das vorher festzustellen, gehört ins Gebiet der Prophetie. — Alle diese Fragen lassen Entwurf und Begründung unbeantwortet.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß jedes gesetzliche Verbot des Nichtmitgliedergeschäfts zwingend eine Überprüfung des § 5 RabattGes erheischt. Es geht nicht an, auf der einen Seite das Geschäft mit Außenstehenden zu verbieten, weil die Genossenschaft nur ihren Mitgliedern dienen soll, auf der anderen Seite aber die Genossen doch nicht wie Mitglieder zu behandeln, sondern wie gewöhnliche Kunden eines Handelsunternehmens, denen nur „Rabatt“ gegeben werden darf.

c) Die im Rahmen der hier vorgenommenen Untersuchungen am meisten interessierende Bestimmung des § 161 Abs. 1 Nr. 2 des Entwurfs, wonach eine Genossenschaft, die ihre Mitglieder nicht mehr in der in § 1 angegebenen Weise fördert, aufgelöst werden kann, kann gegenüber dem geltenden Recht nur als Verschlechterung angesehen werden. Von einer Gesetzesänderung erwartet man, daß sie bisher bestehende Zweifelsfragen klärt. Das ist hier nicht der Fall. Keines der in dieser Arbeit besprochenen Probleme löst sich mit dieser Neufassung leichter als mit dem geltenden Gesetzestext. Hinzu kommt eine Neuerung, von der, da eine Begründung nicht gegeben wird, nur vermutet werden kann, daß sie den Verfassern des Entwurfs entgangen ist. Die zweite Alternative des § 81 wendet sich gegen die subjektive Haltung der Organe, gegen die Tendenz. Jetzt dagegen soll ein objektiver Sachverhalt, nämlich die nackte Tatsache, daß keine Förderung statt-

³⁴⁷ Begründung zu § 6 des Entwurfs.

³⁴⁸ Die Erleichterungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 und 2 gelten nur für die Genossenschaft, nicht für die Filiale!

³⁴⁹ § 6 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 2 des Entwurfs.

findet, den Anlaß zur Auflösung geben. Soll also eine Genossenschaft vernichtet werden können, deren Betrieb wegen fehlenden Mitgliederinteresses zum Erliegen kommt? Nach geltendem Recht ist das eindeutig nicht der Fall³⁵⁰. Für eine Änderung besteht auch kein Anlaß. Umgekehrt gestattet die Neufassung der Genossenschaft, solange sie überhaupt noch das Zweckgeschäft mit Mitgliedern betreibt, jede nicht genossenschaftliche Tätigkeit. Der Entwurf verlangt nur, daß die Mitglieder entsprechend § 1 gefördert werden, stellt aber sonstige Verhaltensweisen der Genossenschaft nicht unter die Auflösungsandrohung. Auch hier ist die geltende Fassung viel klarer: Sie verbietet die Verfolgung anderer als der in § 1 genannten Zwecke. Unabhängig davon, ob man der hier vertretenen Ansicht, daß die zweite Alternative des § 81 überflüssig ist, folgt oder nicht, muß also festgestellt werden, daß § 161 des Entwurfs überarbeitet werden muß. Da außerdem zu den hier behandelten Fragen nicht oder doch nur ganz am Rande Stellung genommen wird, dürfte kein Anlaß bestehen, anhand dieses Entwurfs die hier vorgetragene Meinung zu revidieren.

³⁵⁰ Vgl. oben 2. Hauptteil, 3. Abschnitt, A I.

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Schriften

- Ahle, Verliert die eingetragene Genossenschaft ihren Charakter als Genossenschaft dadurch, daß sie auch mit Nichtmitgliedern Geschäfte betreibt? Diss. Münster 1954.
- Albrecht, Großgenossenschaften, in: Referate und Materialien Band 1 S. 125 ff.
- Bästlein, Die Rechtsformen der Zentralgenossenschaften. Diss. Heidelberg 1931.
- Baur, Der Genossenschaftsanteil bei den kapitalistisch organisierten Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften der Schweiz, mit Berücksichtigung der deutschen gesetzlichen Regelung, Bern 1917.
- Beckers, Rechtsgeschäfte der Genossenschaften mit Nichtmitgliedern, Diss. Köln 1939.
- Bundesjustizministerium, Überblick über schwebende Reformfragen, ausgearbeitet im Bundesjustizministerium, in: Referate und Materialien Band 1 S. 9 ff.
- von Caemmerer, Großgenossenschaften, in: Referate und Materialien Band 1 S. 161 ff.
- Caspers, Die Verfassung der Genossenschaft, in: Referate und Materialien Band 2 S. 83 ff.
- Coulon, Der wirtschaftliche und der gesetzliche Begriff der Genossenschaft, Diss. Göttingen 1933.
- Crüger, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in den einzelnen Ländern, Jena 1892.
- ders., Der heutige Stand des deutschen Genossenschaftswesens, Berlin 1898.
- Deumer, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, München u. Leipzig 1912.
- ders., Das deutsche Genossenschaftswesen, Berlin u. Leipzig 1912.
- Diederichs, Der genossenschaftliche Gewinn und seine Verteilung unter besonderer Berücksichtigung der Warenrückvergütung, in: Referate und Materialien Band 2 S. 21 ff.
- Draheim, Genossenschaftliche Zusammenschlüsse, in: Referate und Materialien Band 1 S. 191 ff.
- ders., Die Genossenschaft als Unternehmungstyp, Göttingen 1952.
- Ellinghaus, Genossenschaftsgesetz, Bad Harzburg 1950.
- Ennecerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage 1959, Tübingen.
- Entwurf I: Erster Entwurf eines Gesetzes betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nebst Begründung und Anlagen, Amtliche Ausgabe Berlin 1888.
- Entwurf II: Besondere Begründung zu Aktenstück 28 der 7. Legislaturperiode, 4. Session, 4. Band (1. Anlageband) 1889 S. 212 ff.
- Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage 1958, Münster i.W.
- Fuchs, Die Strafbarkeit der Mitglieder öffentlicher Organe nach den Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes, in: „Gemeinnütziges Wohnungswesen“ 1957 S. 204 ff.
- Funk, Begriff und Arten der eingetragenen Genossenschaft nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Erlangen 1929.
- Gabriel, Zur Reform des Genossenschaftsrechts; Heft 5 der Schriftenreihe des Instituts für Handelsfragen Bad Godesberg, Hannover 1955.
- ders., Grundfragen einer Reform des Genossenschaftsrechts, in: Referate und Materialien Band 1 S. 271 ff.
- Giffhorn, Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Bremen 1953.
- Glaß, Genossenschaftskunde, Berlin u. München 1949.

- Granzow, Das Recht der Deutschen Genossenschaften, Denkschrift des Ausschusses der Akademie für Deutsches Recht (Arbeitsbericht Nr. 16), Tübingen 1940.
- Grosse, Der genossenschaftliche Gewinn und seine Verteilung unter besonderer Berücksichtigung der Warenrückvergütung, in: Referate und Materialien Band 2 S. 47 ff.
- Hallermann, Genossenschaftliche Haftung; Genossenschaften ohne Haftpflicht, in: Referate und Materialien Band 1 S. 393 ff.
- Henzler, Genossenschaftswesen, Wiesbaden 1952.
- ders., Neugestaltung des Genossenschaftsbegriffs; Zulässigkeit des ergänzenden Nichtmitgliedergeschäfts, in: Referate und Materialien Band 1 S. 51 ff.
- ders., Der genossenschaftliche Gewinn und seine Verteilung unter besonderer Berücksichtigung der Warenrückvergütung, in: Referate und Materialien Band 2 S. 7 ff.
- ders., Die Auswirkungen des Betriebsverfassungsgesetzes auf die Genossenschaften, in: Referate und Materialien Band 2 S. 149 ff.
- Holthöfer, Die eingetragene Genossenschaft und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (ein juristischer Vergleich), Diss. Heidelberg 1906.
- Institut für Genossenschaftswesen an der Universität Münster: Das Nichtmitgliedergeschäft der Genossenschaften unter besonderer Berücksichtigung des § 1 GenG.
- Lang=Weidmüller, Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 26. Aufl. 1951, Berlin.
- Maurer-Birkenbihl, Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 2. Aufl. Berlin 1898.
- Meder, Die Auflösung der eingetragenen Genossenschaft, Diss. Erlangen 1927.
- Merzbacher, Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, München 1890.
- Messerschmidt, Der rechtliche Begriff der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und seine Gestaltung im künftigen Recht, Diss. Münster 1955.
- Meyer=Meulenbergh, Genossenschaftsgesetz, 9. Aufl. 1961, München u. Berlin.
- Möllers, Das rechtliche Wesen der Beteiligung an einer eingetragenen Genossenschaft im Vergleich zur Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung und offenen Handelsgesellschaft, Diss. Münster 1954.
- Nagel, Das Genossenschaftsgesetz, Berlin 1926.
- Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 22. Aufl. 1962, München/Berlin.
- Parisius=Crüger, Das Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 12. Aufl. 1932, Berlin u. Leipzig.
- Paulick, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft. Ein Lehr- und Handbuch. Karlsruhe 1956.
- ders., Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, Tübingen 1954.
- ders., Die rechtliche Situation der Konsumgenossenschaften, Hamburg 1954.
- ders., Gedanken zur Reform des Genossenschaftsgesetzes; Band II der Quellen und Studien des Instituts für Genossenschaftswesen an der Universität Münster. Neuwied 1951.
- Piltz-König, Genossenschaftsgesetz, Berlin 1930.
- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 1913, Berlin.
- Plückebaum, Welche rechtlichen Möglichkeiten bestehen, um bei Großgenossenschaften das Verhältnis der Genossen zur Genossenschaft enger zu gestalten? Diss. Münster 1955.
- Referate und Materialien: Zur Reform des Genossenschaftsrechts, Referate und Materialien, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, Bonn 1956 u. 1958.

- Reichsgerichtsrätekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl 1959, Berlin.
Reinhardt, Die Verfassung der Genossenschaft, in: Referate und Materialien
Band 2 S. 51 ff.
- ders., Genossenschaftliche Zusammenschlüsse, in: Referate und Materialien
Band 1 S. 241 ff.
- Rieß, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts 3. Band II. Abt. Leipzig 1922, § 41.
Schmidt, Die Genossenschaft, Berlin 1949.
- Schrader-Rottmers, Der Begriff des wirtschaftlichen Vereins, Diss. Halle 1937.
- Schröder, Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft, in: Referate und Materialien
Band 2 S. 179 ff.
- Schröder, Kapitalgrundlage der Genossenschaft, in: Referate und Materialien
Band 1 S. 307 ff.
- Schumacher, Die Organe der Genossenschaft unter besonderer Berücksichtigung
von Generalversammlung und Vertreterversammlung, in: Referate und Mate-
rialien Band 2 S. 113 ff.
- v. Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland, Kommentar zu
dem Reichsgesetz betr. die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirt-
schaftsgenossenschaften unter Berücksichtigung des Bayerischen Genossen-
schaftsgesetzes, Erlangen 1872.
- Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 1959, Stuttgart.
- v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erster Band, Allgemei-
ner Teil, 11. Aufl. 1957, München.
- Waldecker, Die eingetragene Genossenschaft. Tübingen 1916.
- Weippert, Neugestaltung des gesetzlichen Genossenschaftsbegriffs; Zulässigkeit
des ergänzenden Nichtmitgliedergeschäfts, in: Referate und Materialien Band 1
S. 101 ff.
- Westermann, Das rechtliche Wesen der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaf-
ten, in: Seraphim, Vom Wesen der Genossenschaft und ihre steuerliche Be-
handlung, Band 1 der Quellen und Studien des Instituts für Genossenschafts-
wesen an der Universität Münster, Neuwied 1951.
- ders., Neugestaltung des gesetzlichen Genossenschaftsbegriffs; Zulässigkeit des
ergänzenden Nichtmitgliedergeschäfts, in: Referate und Materialien Band 1
S. 77 ff.
- ders., Die Rechtsnatur der Warenrückvergütung, in: Die genossenschaftliche Rück-
vergütung, Beiträge und Aufsätze zum Genossenschafts-, Wettbewerbs- und
Steuerrecht. Band XII der Quellen und Studien des Instituts für Genossen-
schaftswesen an der Universität Münster, Karlsruhe 1961.
- Zülow-Henze-Schubert, Die Besteuerung der Genossenschaften, 4. Aufl. 1956,
Berlin u. Frankfurt/Main.

LEBENS LAUF

Am 13. Februar 1930 wurde ich als zweiter Sohn des damaligen Rechtsanwaltes und Notars und heutigen Generaldirektors der Landesbank für Westfalen Girozentrale Dr. Norbert Fischer und seiner Ehefrau Maria Magdalena geb. Kreuz in Breslau geboren. Ich bin römisch-katholischer Konfession und deutscher Staatsangehöriger.

Nach dreijährigem Volksschulbesuch trat ich Ostern 1939 in das Staatliche St.-Matthias-Gymnasium zu Breslau ein. Diese Schule besuchte ich bis zur Einstellung des Unterrichts im Januar 1945.

Vom Sommer 1946 an war ich Schüler des ebenfalls humanistischen Staatlichen Gymnasium Theodorianum zu Paderborn. Dort bestand ich am 14. März 1949 die Reifeprüfung.

Alsdann studierte ich die Rechtswissenschaften an den Universitäten Göttingen (2 Semester), Freiburg (1 Semester) und Köln (3 Semester). Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 6. November 1952 in Düsseldorf.

Meinen Vorbereitungsdienst als Referendar leistete ich im Bezirk des Oberlandesgerichtes Hamm ab. In dieser Zeit studierte ich 2 Semester (Sommersemester 1954 und Wintersemester 1954/55) als Gasthörer an der Universität Münster.

Am 13. Juni 1957 legte ich in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab.

1958 wurde ich bei der Deutschen Girozentrale — Deutschen Kommunalbank —, dem Spitzeninstitut der deutschen Sparkassenorganisation, eingestellt. Bei dieser Bank bin ich auch heute noch als Bevollmächtigter beschäftigt.

